Law Reform Commission of Canada

Working Paper 13

divorce

1975

© Crown Copyrights reserved
Available by mail from Information Canada, Ottawa, K1A 0S9
and at the following Information Canada bookshops:

HALIFAX
1683 Barrington Street

MONTREAL
640 St. Catherine Street West

OTTAWA
171 Slater Street

TORONTO
221 Yonge Street

WINNIPEG
393 Portage Avenue

VANCOUVER
800 Granville Street

or through your bookseller

Price: Canada: $2.00
Other Countries: $2.40

Catalogue No. J32-1/13-1975

Price subject to change without notice

Information Canada
Ottawa, 1975

Notice

This *Working Paper* presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Commission

Honourable E. Patrick Hartt, Chairman
Honourable Antonio Lamer, Vice-Chairman
Dr. J. W. Mohr, full-time member
Dr. Gérard V. La Forest, Q.C., full-time member
Claire Barrette-Joncas, Q.C., part-time member

Secretary

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Research Personnel

Julien D. Payne, LL.B., Director
François Chrétien, B.A., LL.L.
Professor Edith Deleury, LL.L., D.E.S.
Denyse Fortin, LL.L.
Roger Garneau, B.A., LL.L.
Professor Richard Gosse, Q.C., B.A., LL.B., D.Phil.
Professor Herman Hahlo, LL.D.
Barbara Hough, B.A., LL.B.
Dr. Saul Levine, M.D., F.R.C.P.(c)
Professor Monique Ouellette-Lauzon, LL.L., D.E.S.
Dr. Quentin Rae-Grant, M.D., F.R.C.P.(c)
Professor Hugh W. Silverman, Q.C., LL.M.
His Honour David M. Steinberg, Provincial Judge,
Family Division, Hamilton

Table of Contents

	PAGE
Foreword	1
Introduction	3
Divorce Regimes and Trends	9
The Present Canadian Position	13
Divorce Grounds and Bars: Relevant Statutory Provisions	13
Judicial Interpretation of Statutory Criteria	16
Corollary Issues	20
The Existing Divorce Process	21
Counselling and Conciliation	25
Divorce and Marriage Breakdown	27
Statistics	29
Proposals for Divorce Reform	31
Conditions of Divorce	31
Recommendations for a New Divorce Process	33
Children and the New Divorce Process	39
1. The Duty of the Court	40

2. Techniques for the Resolution of Disputes 41
(i) Counselling 42
(ii) Investigation 42
(iii) Expert Testimony 44
(iv) Pre-trial Procedures and Post-divorce Litigation 45
3. Relevant Statutory Criteria 45
4. The Right to be Heard 48
(i) Independent Legal Representation 48
(ii) The Opinions of the Children 50

Economic Adjustments on Divorce 51
The Financial Implications of Marriage Breakdown and Divorce 51
Present and Prospective Statutory Criteria 53
Variation and Termination of Maintenance Obligations 55
Maintenance of Children 57
Dispositions of Property 58
Refusal of Divorce 61
Procedures 62
Counselling and Conciliation 63
Investigation 63
Enforcement 65

Concluding Observations 67

Reservation of Claire Barrette-Joncas, Q.C. 69

Foreword

In this Working Paper, the Commission presents its preliminary views on divorce reform for public discussion. All the Commissioners accept the positions taken in the Working Paper except that dealing with the conditions for obtaining a divorce. Not surprisingly, given the nature of this issue, the Commission has had great difficulty in arriving at a consensus on it. What is presented in the paper on the question is the predominant view in the Commission at this time.

One Commissioner would retain a generally fault-oriented divorce regime such as exists today. That Commissioner believes such an approach tends to discourage unnecessary divorces. This opinion appears under the title "Reservation" at the end of this Working Paper. All of us fully respect this view because, as we have stated on other occasions, we believe marriage is the most important institution in our society and calls for effective support by law and public policy. But the other Commissioners are persuaded either that a fault-oriented divorce regime is not effective in supporting the stability of marriage or that what effect of that kind it may have is overridden by other considerations. They believe the legal process for obtaining divorce can more productively serve the end of saving viable marriages by shifting its emphasis from grounds of divorce—which tend to exacerbate the differences between the spouses—to conciliation of their differences where and to the extent possible.

But there is a difference of opinion among the Commissioners on the extent to which the legal process can serve to maintain marriages when either spouse petitions for a divorce. One Commissioner is of the view that all the law can realistically do is to provide for a cooling off period at the discretion of the judge not exceeding, say, one year in cases where the judge considers that there may be some hope of salvaging the marriage and making the parties aware of counselling and conciliation resources in the court and in the community. All of us are, indeed, agreed that this would be the effect of our proposal unless effective conciliatory and counselling services are available to the courts. Another Commissioner would lay down more stringent conditions for persons seeking a divorce. That Commissioner believes that when the parties seek a divorce the judge should be presented with the facts on which it is alleged the marriage is no longer viable. If the judge then considers that there may be some hope of reconciliation, the judge should have the power to require the spouses to make themselves available to the counselling and conciliation services for such period as may appear productive. The predominant view of the Commission at this time, it will be seen, lies somewhere between these two positions.

From the nature of the questions dealt with in this paper, the views of the general public will be extremely valuable in assisting the Commission to formulate its final views for presentation to the Minister of Justice and Parliament. We, therefore, urge all interested persons to make their views known to us.

Introduction

Marriage has been legally defined as "the voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others". Although the cultural validity of this definition has been challenged by the "new philosophers" who advocate trial marriages, contract marriages with renewable options, open marriage, and group marriage, the attitude of the general public does not appear to have undergone radical change. The overwhelming majority of adult Canadians get married and, when they do so, intend a life-long union.

Unfortunately, their hopes and expectations of a permanent union are sometimes dashed. Many marriages break down. When this occurs, serious problems arise. For the spouses, their dreams are shattered. The disintegration of a marriage is a painful process that is often accompanied by severe emotional distress. Compounding the psychological stresses of marriage breakdown is the economic crisis. There is rarely enough money to support two households. As a rule, both spouses must make substantial changes in their style and standard of living.

Aggravating the psychological and economic crises is the problem of the children. Though spouses may go their separate ways, the ties between parents and children are not severed by separation or divorce. And, as a practical matter, arrangements must be made for the care and upbringing of the children.

How does the law deal with these problems? The traditional approach has involved the imposition of restrictions on divorce in an attempt to buttress the stability of marriage. In many divorce regimes, the commission of a matrimonial offence constitutes the criterion for relief. This presupposes that one spouse is innocent and the other guilty and that the marriage can be dissolved only at the instance of the innocent party. Superimposed on fault-oriented grounds for divorce is the adversary process that pits each spouse against the other and virtually ignores the interests of the children.

The twentieth century has seen substantial inroads on the concept of the matrimonial offences. There has been a shift towards irretrievable marriage breakdown as the basis for divorce. But the adversary character of the divorce process has remained substantially unchanged, notwithstanding trenchant criticisms by judges, lawyers, social workers, psychologists, psychiatrists and the general public. We have now reached the point where fault-oriented divorce grounds and adversary procedures are being seriously questioned. Many people regard the present divorce regime in Canada as a de-humanized legal process that provokes antagonism between the spouses and aggravates the conflicts and tensions that inevitably arise when a marriage breaks down. It spawns the exchange of accusatory charges and recriminatory countercharges and encourages protracted litigation or unconscionable bargains as the price for an expedited divorce. And all too often the children are used as weapons in the conflict between husband and wife.

But how do we resolve the dilemmas created by the present divorce regime in Canada? Although it is impossible to detail our proposals and recommendations for reform at this point, it is appropriate to define some of our basic conclusions.

First and foremost, we conclude that it is not divorce that destroys families but bad marriages. The common assertion that liberal divorce laws breed marital irresponsibility and are a cause of marriage breakdown must be challenged. We believe the number of people who marry frivolously or

divorce without reason constitute an insignificant fraction of our married population. Irrespective of the character of the legal regime and process, divorce is not an easy solution that is eagerly sought when spouses encounter marital disharmony. Furthermore, divorce may provide a constructive solution to marital conflict. It should not be regarded as totally dysfunctional and prejudicial to the institution of marriage. Many divorcees enter into successful second marriages. Divorce can therefore provide an opportunity for the creation of new homes for ex-spouses and their children and hold out the prospect of a new and viable family unit.

It must also be realized that restraints on divorce can stem the divorce rate without any consequential reduction in the number of actual marriage breakdowns. If society is concerned with the preservation of stable marriages and the avoidance of marriage breakdown, it must adopt methods of approach that provide a more positive response to marital conflict. It must recognize divorce as a consequence of marriage breakdown rather than a cause, and diagnose and treat the real factors that lead to the disintegration of marriage. If constructive solutions are to be sought to the problem of the disintegration of marriage due to the incompatibility of the spouses, the answer lies not in our divorce laws but in family life education, marriage counselling and conciliation services. Social welfare programmes that reflect a rational family policy and promote family cohesion must also be developed to deal with the extrinsic factors, such as poverty, unemployment, sickness and inadequate housing, that can place an undue strain on the stability of marriage and the family unit.

But social welfare programmes and marriage counselling and conciliation facilities cannot be expected to eliminate marriage breakdown or divorce. The divorce regime and process must itself be reformulated to promote maximum fairness and minimum humiliation and distress on the judicial dissolution of marriage. At the very least, we must ensure that counselling and conciliation services are available to spouses contemplating divorce. We must also ensure

a reasonable distribution of the property accumulated by divorcing spouses and a fair adjustment of their maintenance rights and obligations. Even more important, the welfare of the children must be guaranteed. It must no longer be possible for their interests to be bartered away by self-serving parents. These minimum needs necessitate the development of new laws and new techniques and procedures for the resolution of marital disputes. The traditional adversary procedures must be radically changed. It is unrealistic to expect the total elimination of contentious trials. But divorce proceedings as a whole should not be primarily and characteristically contentious. There is a vital need for informal, flexible, and investigative procedures directed towards the constructive disposition or adjustment of the family situation as a whole. Techniques must be devised to encourage spouses in conflict to have early recourse to counselling and conciliation facilities. And, where the spouses cannot settle their differences amicably, the court must be empowered to order an independent investigation; it should not be compelled to resolve the issues, as it does today, solely on the basis of the partisan evidence of the spouses. Above all, the welfare of the children of divorcing parents must be assured by suitable arrangements being made for their maintenance, custody, care and upbringing.

Our proposals respecting the right to divorce reject the traditional approach that centres reforms on the grounds for divorce. We regard divorce as a process that must strive to accommodate the needs of the particular family. We see fundamental differences between the conditions that must be met by childless couples and those with children. Divorce procedures may also vary according to whether both spouses or only one wishes to obtain a divorce. A substantial proportion of this Working Paper deals with the need for new techniques and procedures to promote reconciliation, and where this is not possible, the conciliation of inter-spousal disputes arising on marriage breakdown or divorce. Particular emphasis is placed on the need to protect the interests of the children.

Our proposals respecting divorce could best be implemented within the framework of a unified Family Court. In our opinion, the implementation of the proposals in this Working Paper and in our previous Working Paper on The Family Court can eliminate most, if not all, of the defects inherent in the present fault-oriented and adversary divorce process.

Divorce Regimes and Trends

Before the establishment of marriage in the western world as a religious institution, marriage and divorce were considered to be private affairs. Divorce could be obtained by consent or even on unilateral demand. With the spread of church influence and doctrine, the concept of the indissolubility of marriage evolved. The Reformation re-established the right to divorce in cases of adultery or desertion.

In more recent times, the offences that constitute grounds for divorce have been expanded to include matrimonial cruelty. Marriage breakdown has also been introduced in a variety of forms as a ground for divorce. Today, there are many different types of divorce regimes. Some permit divorce only on the commission of a matrimonial offence; others allow it only on proof of marriage breakdown; still others include a combination of the fault and marriage breakdown grounds. In an attempt to avoid impetuous divorces, some jurisdictions have introduced waiting periods to allow disputing husbands and wives an opportunity for reflection. Other jurisdictions have developed counselling procedures to promote reconciliation or, where this is not possible, the conciliation of disputes between divorcing spouses respecting the children or property and maintenance. These procedures are designed to promote the amicable settlement of issues and to avoid the traumatic experience of contested legal proceedings.

The twentieth century has seen an international trend towards the adoption of marriage breakdown as the criterion for divorce. It has been manifested in many countries, including England, Australia, Denmark, the Netherlands, Norway, Switzerland, the United States and the U.S.S.R. There is, however, no single definition or statutory formula specifying the meaning of "marriage breakdown".

Some jurisdictions have enacted legislation that does nothing more than indicate that marriage breakdown presupposes the absence of a viable marital relationship. California, for example, has laws permitting divorce on the ground of "irreconcilable differences which have caused the irremediable breakdown of the marriage". The relevant statutory provisions define "irreconcilable differences" as "those grounds which are determined by the court to be substantial reasons for not continuing the marriage and which make it clear that the marriage should be dissolved".

Other jurisdictions decline to give a general meaning to the statutory concept of "marriage breakdown". Instead, certain facts are designated as a condition precedent to a finding of marriage breakdown. In Canada, section 4 of the Divorce Act, 1968 requires proof of the respondent's imprisonment for a designated period of time, gross addiction to alcohol or narcotics for not less than three years, disappearance for at least three years, non-consummation of the marriage for one year by reason of impotence or refusal to consummate, or living separate and apart for a period of three or five years, depending on whether the petitioner has been guilty of desertion. In England, a divorce will not be granted on the basis of marriage breakdown unless there is proof of the respondent's adultery or other misconduct rendering cohabitation intolerable, desertion for two years, or separation for two years where the respondent consents to the decree or five years where such consent is withheld. The approach whereby marriage breakdown requires proof of certain specific events has also been endorsed in the Australian Family Law Bill of 1974, which provides that the sole ground for divorce should be irretrievable marriage breakdown established by proof

that the parties have lived separate and apart for twelve months, with no reasonable likelihood of a resumption of cohabitation. This Bill further provides that the spouses may be considered to be living separate and apart notwithstanding that the separation was brought about by the conduct of one of the spouses, and even though they continue to reside under the same roof. A similar approach was favoured in the Uniform Marriage and Divorce Act drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws for the United States. It was there recommended that the court should find that a marriage has irretrievably broken down if there is evidence that the parties have lived separate and apart for a period of more than 180 days preceding the institution of the divorce proceedings or if there is serious marital discord adversely affecting the attitude of one or both of the parties towards the marriage. In France, a Bill has recently been introduced that retains divorce on the basis of fault but also permits divorce by consent or on proof of marriage breakdown ("rupture de la vie commune"). In this last instance, if the issue of marriage breakdown is disputed, certain designated facts, including separation for six years, constitute proof of marriage breakdown.

The different legislative methods of implementing the concept of marriage breakdown as the criterion for divorce are predicated on differing responses to the question whether "marriage breakdown" is a triable issue. Some suggest that the spouses are themselves best qualified to determine whether their marriage has irretrievably broken down. They argue that marriage is entered into by consent and can only be maintained on a viable basis if both spouses wish to preserve a meaningful relationship. Given this philosophy, it is superfluous and unrealistic to define marriage breakdown by reference to any statutory list of designated circumstances. Others conclude that this constitutes divorce on demand and gives free vent to hedonistic philosophies. It encourages the possibility of premature and unnecessary divorce. It is also inconsistent with the state exercising any controlling authority over the stability of marriage through the agency of the

courts. But this response itself begs the question of the extent to which the courts can exercise an influence on the stability of marriage through the divorce process. Certainly, with our present process, the refusal of divorce will not normally result in a reconciliation of the husband and wife. Furthermore, there is a conspicuous absence of facilities to promote reconciliation or the conciliation and mediation of disputes between divorcing spouses.

In 1973, Sweden introduced legislation premised on the assumption that the spouses can best determine whether their marriage is viable. This legislation established a system of instant divorce, whereby either spouse has a right to a divorce without having to assert any grounds or reasons other than the desire to have the marriage terminated. This right to instant divorce admits of only one qualification. Where one spouse opposes the divorce, or either or both of them have the custody of a child or children under the age of 16, there is a "re-consideration" period of six months. On the expiration of this period, divorce is automatically available on the petition of either spouse.

The Present Canadian Position

Divorce Grounds and Bars: Relevant Statutory Provisions

Before 1968, adultery was, to all intents and purposes, the only ground for divorce in most Canadian provinces. In 1966, the question of divorce reform was referred to a Special Joint Committee of the Senate and House of Commons. Its Report on Divorce was presented to Parliament in June, 1967, and led to the enactment of the Divorce Act in 1968. This federal statute, which constitutes a divorce code applying throughout Canada, regulates the circumstances in which persons can obtain a divorce. In particular, it defines the grounds for divorce and the defences that can be raised as a bar to divorce. Some grounds are based on fault or misconduct; others are based on marriage breakdown.

Section 3 provides that the following matrimonial offences are grounds for divorce:

(a) adultery;

(b) sodomy, bestiality, rape, or homosexual act;

(c) going through a form of marriage with another person;

(d) physical or mental cruelty of such a kind as to render continued cohabitation intolerable.

The fault or offence orientation of section 3 of the Divorce Act has been qualified to some extent by judicial decisions ruling that it is not always necessary to show that a spouse charged with a matrimonial offence acted with a culpable or malevolent intent. For example, if a husband's cruelty makes it impossible for his wife to live with him, it may be irrelevant to ascertain whether he intended to cause her harm or to bring the marriage to an end. The court looks at the effect of his conduct on the wife rather than at his subjective state of mind.

Supplementing the offence grounds in section 3 are other grounds based on marriage breakdown. These are defined in section 4 of the Divorce Act. This section provides that where a husband and wife are living separate and apart, a petition for divorce may be based on the ground that there has been a permanent breakdown of marriage by reason of one or more of the following circumstances:

(a) imprisonment of the respondent for a designated period of years;

(b) gross addiction of the respondent to alcohol or narcotics for a period of not less than three years;

(c) disappearance of the respondent for a period of not less than three years;

(d) non-consummation of the marriage for a period of not less than one year by reason of the respondent's impotence or refusal to consummate the marriage;

(e) living separate and apart for a period of

(i) three years, if the separation of the spouses occurred for some reason other than the petitioner's desertion of the respondent;

(ii) five years, if the separation occurred by reason of the petitioner's desertion of the respondent.

An examination of these criteria indicates that fault is also relevant under section 4. There are elements of fault where a respondent spouse is sentenced to imprisonment, and

misconduct could be implied from a respondent's gross addiction to alcohol or narcotics. The disappearance of a spouse for a period of three years may or may not involve fault, depending on whether it is voluntary or involuntary. And the refusal of a spouse to consummate the marriage, as distinct from an inability to consummate it, implies fault. The fault element is also preserved under section 4(1)(*e*) insofar as the deserting spouse must wait for five years before instituting proceedings for divorce, whereas the deserted spouse may seek a divorce after three years.

If marriage breakdown exclusive of fault were the criterion under section 4, it would logically follow that divorce would be available at the instance of either spouse. But this is not the case. A divorce petition can only be launched by a husband or wife whose spouse has contravened the designated legal criteria. With the exception of a petition based on the ground of living separate and apart, which can be presented by either spouse, the fault concept permeates all the grounds for divorce, whether under section 3 or section 4.

Proof of one of the grounds for divorce does not necessarily entitle the petitioning spouse to a decree. There are certain statutory bars to the granting of divorce defined in section 9 of the *Divorce Act*.

Collusion applies to all grounds. It may be defined as an agreement or conspiracy to subvert the administration of justice, or an arrangement to fabricate or suppress evidence to deceive the court. If there has been collusion, the court must dismiss the divorce petition.

Condonation and connivance are bars to divorce where the petition is based on section 3. Condonation exists where the spouses have resumed cohabitation with knowledge of past offences and an intention to be reconciled. It might be mentioned incidentally that a breathing space of ninety days is extended to the spouses during which they may resume cohabitation with a view to achieving reconciliation. Such a resumption of cohabitation does not constitute condonation nor preclude a finding of separation under section 4 of the

Divorce Act. Connivance exists when one of the spouses has encouraged the commission of the matrimonial offence complained of in the divorce petition. Both condonation and connivance are discretionary bars and the court may grant a divorce notwithstanding their presence if it concludes that a divorce is in the public interest.

The following bars apply to petitions based on section 4. The court must refuse a decree sought under this section where there is a reasonable expectation that matrimonial cohabitation will occur or be resumed within the reasonably foreseeable future. The court must also dismiss the petition if there are children of the marriage and the granting of a divorce would prejudicially affect the making of reasonable arrangements for their maintenance. Finally, in proceedings based on section 4(1)(*e*)—living separate and apart for three or five years—the court must refuse to grant a divorce if it would be unduly harsh or unjust to either spouse, or prejudicially affect the making of reasonable arrangements for the maintenance of either of them.

Judicial Interpretation of Statutory Criteria

An understanding of the divorce laws of Canada necessitates an examination not only of the statutory provisions but also of judicial decisions interpreting and applying them. It might be assumed that there would be total consistency achieved by the courts in their determination of whether particular facts justify the issue of a divorce decree. However, this is not the case. There are two reasons for this.

First, the granting of a divorce depends on whether the individual trial judge is satisfied that the ground alleged has been established. Some judges are prepared to act on a minimum of evidence but others require meticulous evidence and proofs. Where cruelty is the ground for divorce, we find a veritable quagmire of differing judicial opinions and disposi-

tions. There are no objective statutory criteria and the cases reveal a substantial range of individualized judicial criteria. The opportunity for divergency is demonstrated in a leading decision, where it is stated:

> The determination of what constitutes cruelty in a given case must, in the final analysis, depend upon the circumstances of the particular case having due regard to the physical and mental condition of the parties, their character and their attitude towards the marriage relationship.

This principle has been affirmed in a considerable number of decisions dealing with matrimonial cruelty. It obviously confers a virtually unfettered discretion on the trial judge to decide whether a divorce should be granted on the basis of the particular facts alleged.

A second reason for the wide variation in judicial attitudes is attributable to the ambiguity and uncertainty of many of the present statutory provisions. This has resulted in inconsistent interpretations of the same provisions by different judges. For example, there are conflicting judicial decisions with respect to whether condonation should be found where the spouses have resumed cohabitation in an attempt to effect a reconciliation. Similarly, judicial opinions have varied on whether a casual act of sexual intercourse constitutes condonation. With respect to the defences of collusion and connivance, some of the legal problems existing before the passage of the *Divorce Act* remain unresolved. Whether a particular arrangement between the spouses amounts to collusion is often a matter for speculation. And there can be differences of opinion with respect to the circumstances in which a finding of connivance is justified. There also appears to be some inconsistency in the exercise of the court's discretion to grant a divorce notwithstanding connivance or condonation. In addition, there have been incompatible interpretations of section 4(1)(*e*) of the *Divorce Act*. Although the meaning of the phrase "living separate and apart" may appear self-evident, it has led to diverse judicial opinions and dispositions. For example, some courts have held that if a spouse visits his or her partner who is incurably ill and permanently

confined in a medical institution, the visits preclude any finding that the spouses are living separate and apart; other courts have rejected this conclusion. And some courts have affirmed that a finding that the spouses are living separate and apart requires evidence of a mutual intention to bring the marital relationship to an end; others have asserted that it is sufficient if only one of the spouses intends to terminate the marital relationship. Different judicial opinions have also been expressed on the questions whether a period of separation is interrupted or terminated where the spouses engage in one or more acts of casual intercourse after cessation of cohabitation, or where they resume cohabitation on a number of occasions in an attempt to achieve reconciliation. And judicial opinions and dispositions have varied on whether the petitioner is a deserter who must await the expiration of five years rather than three years before instituting proceedings. Another problem involves the determination of when the parties commenced living separate and apart. There is no difficulty where the parties have entered into a written separation agreement immediately after the cessation of cohabitation but complex problems can arise in the absence of a written agreement, particularly where the spouses continue to reside under the same roof.

It would be unfair to blame the courts for their divergent interpretations and dispositions under the *Divorce Act*. In the absence of precise and objective statutory criteria, lack of uniformity and inconsistency is inevitable. But more fundamental objections than the lack of precision and objectivity can be raised against our present divorce laws. We seriously question whether they reflect social realities and needs. Their shortcomings can best be illustrated by reference to particular cases.

In a Manitoba case in 1969, a wife instituted uncontested proceedings for divorce on the ground of cruelty. The parties had been married for sixteen years and had no children. The wife alleged that her husband was "quite strict" and that if she did not comply with his wishes or demands he would give her "a shaking up of some sort". On one occasion,

when he was angry because her wallet was stolen, he jumped on her stomach with his knees. On another occasion, he hit her across the nose. The trial judge observed that the petitioner was a "pleasant, attractive woman, in apparent robust mental and physical health" and there "was nothing about her appearance to suggest the unhappy or wronged spouse". He concluded that there was insufficient evidence of cruelty rendering cohabitation intolerable and the petition was dismissed. He added that the spouses were undoubtedly incompatible and that it was the type of case which, after three years' separation, would fall under section 4(1)(*e*)(i) of the *Divorce Act*. As the law now stands, the judge cannot be charged with making an incorrect decision, even though another judge might have reached the opposite conclusion on the same facts. But one cannot help asking what possible interests, of the state or of the spouses, were served by withholding a divorce from the wife. Both spouses were of a mature age, there were no children of the marriage, the wife had been badly treated and wanted a divorce, and her husband was not interested in continuing the marriage.

The failure of the law of divorce to respond to the existence of marriage breakdown can also be seen in a case that came before the Ontario courts in 1969. In this case, the husband was an incurable catatonic schizophrenic who could never return to normal society. The court concluded that so long as the wife continued to visit him in the hospital, she could not be found to be living separate and apart from him. It also concluded that, by her decision to terminate the visits, she became a deserting spouse. Accordingly, she could obtain a divorce only on the expiration of five years from the taking of her decision to terminate the marital relationship. Here again, one may ask what interest is served by the state in withholding divorce from such a spouse until the expiration of a designated period of years.

The dichotomy between the law of divorce and the social reality of marriage breakdown is also demonstrated in several cases arising under section 4(1)(*e*) of the *Divorce Act*,

where the spouses have remained under the same roof. The consensus of judicial opinion is that a husband and wife may be "living separate and apart" while residing under the same roof but this conclusion cannot be reached unless they are living totally independent lives and having no communication with each other. The spouses must not eat together, sleep together, or share household chores or responsibilities. This attitude seems unrealistic when the husband and wife have terminated their inter-personal relationship but remain under the same roof for the sake of the children. What possible justification is there for refusing a divorce if the uncontested evidence of the parties indicates that their marriage has irretrievably broken down and they can no longer remain under the same roof? Surely, the only role for the law and the courts under these circumstances is to ensure that adequate steps are taken to protect the interests of the children on the dissolution of the marriage.

Corollary Issues

In the typical divorce situation, questions arise regarding inter-spousal maintenance, the disposition of property, and the making of arrangements for the maintenance, custody, care and upbringing of the children. These matters are usually resolved by agreement and the divorce is uncontested. In the absence of agreement, the court must resolve any disputed issues.

The *Divorce Act* sets out specific criteria regulating the award of maintenance to a dependent spouse and the making of orders for the maintenance, custody, care and upbringing of the children. Dispositions of property are not directly regulated by the *Divorce Act* but are subject to provincial laws. In fact, disputes involving the disposition of property on divorce are usually beyond the jurisdiction of the divorce court. In most provinces, rules of procedure require the institutions of separate proceedings.

In determining the right to and quantum of maintenance, the court is required by section 11 of the *Divorce Act* to have regard to "the conduct of the parties, and the condition, means and other circumstances of each of them". This provision confers an extremely broad discretion on the court in the adjudication of maintenance claims.

Judicial decisions respecting the award of custody on divorce affirm the principle that the paramount consideration to be taken into account is the welfare or best interests of the children. This criterion is not embodied in the *Divorce Act* but is a product of judicial law-making. Although the courts consistently voice this criterion, it is open to question whether current procedures facilitate its implementation. In the vast majority of cases, the custody arrangements have already been resolved by agreement between the parents before the institution of divorce proceedings and little or no opportunity is available to the court to scrutinize the arrangements made or proposed. And where custody is in dispute, the court rarely has access to independent evidence or expert testimony; it must make its disposition on the basis of the partisan evidence of the parents, both of whom commonly engage in asserting the unfitness of the other by charges and countercharges of matrimonial misconduct such as adultery, cruelty, or desertion.

Later in this paper, we shall propose the implementation of new guidelines, procedures and techniques to secure the welfare of the children of divorcing parents and to promote fair economic settlements on divorce.

The Existing Divorce Process

A meaningful picture of divorce in Canada requires a knowledge not only of the grounds for and bars to divorce but also of divorce procedures.

The vast majority of divorce petitions are based on adultery, cruelty, or living separate and apart for three years.

Where a matrimonial offence such as adultery or cruelty is alleged, the petitioning spouse is accusing the other of fault or misconduct in their matrimonial life. But if the proceedings are uncontested and based on marriage breakdown by reason of having lived separate and apart, the petitioner takes a neutral position and does not accuse the other spouse of fault or misconduct.

Well over 90 per cent of all divorce proceedings are undefended though it is always open to a spouse to contest the divorce action. The contest may be about any one or more of the following matters: the divorce application itself, support for the dependent spouse or children, or issues relating to custody and access.

If the spouses agree on such matters as the disposition of matrimonial property, inter-spousal maintenance, and the maintenance, custody, care and upbringing of the children, the divorce process is not complicated. Standard form documents and covenants are used in the preparation of the divorce petition and any negotiated settlement. Although the petitioner is normally represented by a lawyer, the trial of an undefended divorce petition is straightforward and generally takes only a few minutes. Lawyers' fees for the preparation of relevant documents and for the presentation of an uncontested divorce petition generally range from $400 to $1,000. Where the litigant receives legal aid, the fees paid to the lawyer are substantially less.

The same procedures apply to both contested and uncontested divorce actions. In practice, however, there is no dispute between the parties in undefended proceedings and the court hears only the submissions of the petitioner. At best, it receives only a summary sketch of the family background and the marital history and problems.

Where the action is contested, numerous pre-trial procedures may be invoked. These procedures and the trial of the divorce action are relatively involved and time-consuming and the lawyers' fees and court disbursements are consequently much higher than in uncontested proceedings. A

contested divorce will frequently cost several thousand dollars. Under certain circumstances, the husband may be ordered to pay not only his own costs but also those of his wife.

In contested proceedings, both spouses usually attend the divorce hearing and are represented by lawyers. The children of divorcing parents are not parties to the divorce proceeding and generally have no independent legal representation. In some provinces, in both contested and uncontested divorce proceedings, a report respecting the children is submitted to the court by a designated agency. In others, the trial judge may request a report even though there are no provincial statutes or rules requiring him to do so. Use of investigative reports is by no means uniform in the various provinces or even within the same province and their quality varies considerably.

Under present divorce procedures, a spouse may give vent to his or her vindictive desires by filing a defence to divorce and using or, more accurately, abusing available procedures and practices to harass the other spouse or delay a final judicial disposition. These tactics exacerbate the personal problems encountered by divorcing spouses and can result in considerable delays and increased costs.

Protracted litigation between divorcing spouses does not necessarily terminate with the granting of a divorce. Either spouse may subsequently apply to the court to vary the terms of a decree nisi relating to support or matters affecting the custody and upbringing of the children. In addition, either spouse may appeal against the granting or refusal of a decree nisi although there is no appeal from the decree absolute, which ordinarily issues some three months after the pronouncement of the decree nisi.

The present divorce process involves adversary procedures that pit the spouses against each other. An extensive body of opinion in law, medicine, and the social and behavioural sciences asserts that adversary legal procedures

are inappropriate to resolve family disputes. What is needed are preventive, therapeutic and investigative procedures.

Two frequent complaints levelled against the adversary system are that it precludes or reduces the opportunity for the spouses to reconcile their differences by agreement and it provides insufficient, and often unreliable, information for the courts to act on when making a disposition of the issues. A third complaint is that adversary procedures, taken in conjunction with the present offence-oriented grounds for divorce, tend to promote hostility and acrimony between the parties. One of the spouses is frequently required to allege misconduct by the other and such allegations promote a charade in uncontested proceedings and provoke a recriminatory defence where the issues are contested. In contested proceedings, the court often becomes a battleground for the warring spouses to the prejudice of their own economic and psychological welfare and to the detriment of the children. It is by no means uncommon for contested custody issues to be fought on the basis of the alleged immoral conduct of one of the spouses rather than on his or her capacity to be a loving parent.

Although the adversary process has been impugned by practising lawyers, judges, psychiatrists, psychologists and social workers, it is not lacking in adherents or champions. Many lawyers assert that the overwhelming majority of uncontested petitions constitute evidence of the effectiveness of the adversary procedure and the ability of lawyers to negotiate settlements respecting the disposition of matrimonial assets, inter-spousal maintenance, and the custody, care and upbringing of the children.

Although criticisms of the adversary and fault-oriented process must be tempered by the realization that the vast majority of all divorce proceedings are uncontested, the consequential ritualistic procedure in undefended divorce proceedings itself provokes condemnation on the grounds that it is inappropriate and far too costly. It facilitates divorce by consent in flagrant disregard of statutory requirements

and promotes unconscionable settlements as the price for an "expedited" (i.e. undefended) divorce. The "perfunctory litany" of uncontested divorce proceedings in Canada is amply demonstrated in a leading text that reduces the relevant questions to be asked to a standard form.

In short, the present procedure in divorce seems unduly formal, sometimes involved, and always expensive. It is not conducive to a therapeutic or conciliatory approach and often frustrates the possibility of preserving the marriage or resolving collateral issues on a reasonable basis acceptable to both spouses. The ritual of the undefended divorce promotes hypocrisy and a disrespect for the law and its administration. What appears to be necessary is a reform of the substantive law so as to eliminate the fault concept and a contemporaneous reform of legal and judicial procedures that will permit a more constructive response to the problems of marriage breakdown. Later in this paper we shall make specific recommendations on both of these matters.

Counselling and Conciliation

Attempts were made in the Divorce Act, 1968 to offset the inherent defects of the offence concept and the adversary process. Among other things, marriage breakdown was introduced as an alternative basis for divorce and amendments were made in the law relating to collusion, condonation and connivance.

Two sections of the *Divorce Act* were specifically directed to providing a means whereby spouses contemplating divorce would examine the possibility of reconciliation. Section 7 imposes a duty on all lawyers representing a petitioner to advise him or her of existing counselling facilities and to discuss the possibility of reconciliation. And section 8 imposes an obligation on the trial judge to ascertain whether there are any prospects of reconciliation before granting a divorce.

Experience has shown that these statutory provisions have failed to achieve their objective of promoting reconciliation. This is not surprising. They are superimposed on an adversary and fault-oriented divorce process and very little has been done to provide adequate counselling services in the court or the community to implement them. It is evident that counselling facilities must be available to spouses in the early stages of marital conflict and cannot be expected to save the disintegrating marriage when the conflict has become so entrenched as to warrant recourse to the present divorce process. The expertise of the lawyer and of the judge is in the law and not the social or behavioural sciences. Neither can be expected to discharge the functions of the marriage or family counsellor. The most conscientous and well-meaning legal practitioner can do little more than encourage the petitioner to seek help from counselling services in the community. Even this limited goal may be exceedingly difficult to accommodate insofar as it conflicts with the stated expectations and demands of the client.

It appears obvious, in retrospect, that effective implementation of statutory reconciliation provisions requires a de-emphasis of adversary procedures and the provision of adequate counselling services. Active steps must be taken to ensure that legislative, judicial and administrative policies buttress the stability of marriage by encouraging people in marital difficulty to seek help with their problems at the earliest possible time. Governments cannot rest content with legislation that merely restricts or facilitates divorce. More constructive solutions must be sought. This will require marriage guidance and family counselling services to be available in the community or the courts so that efforts can be made to promote reconciliation of the spouses, and where this is not possible or desirable, to promote the amicable and equitable settlement of any issues arising as a consequence of divorce.

Divorce and Marriage Breakdown

Divorce is not synonymous with marriage breakdown. Although it may be reasonable to conclude that, where there is divorce, marriage breakdown has occurred, the converse is not necessarily true. There are many instances of marriage breakdown that have never been formalized by a divorce decree. Even where it is so formalized, the divorce regime in Canada draws a distinction between the grounds for divorce and the causes of marriage breakdown.

It is probably a truism to state that marriage breakdown occurs as the consequence of the incompatibility of the spouses. This may exist at the outset of marriage or it may develop during the marriage. Inter-spousal conflicts leading to marriage breakdown frequently result from the divergent development of the spouses and their failure to mutually adapt to change. There are many causes and forms of divergent personality development. For example, different patterns of growth may involve religious or political conversion, economic or career advancements that are too demanding on a married partner, or intellectual growth on the part of one spouse to which the other cannot adjust. The legal system cannot resolve these problems. Traditionally, its approach has been to impose barriers against remarriage by withholding divorce from the "guilty" spouse. No doubt, there are cases where the impossibility of remarriage has induced the spouses to make successful efforts to establish a meaningful marital relationship. But restrictive divorce laws have all too frequently led to the commission of adultery, to the formation of common law relationships, to migratory divorce, and to the disappearance of a spouse without a trace. Repressive and punitive divorce laws are far more likely to promote than prevent these situations. If solutions are sought to the problem of the disintegration of marriages due to the incompatibility of the spouses, the answer lies not in the law but in family life education, marriage counselling and conciliation services.

Although the divergent personality development of the spouses is a substantial factor contributing to marriage break-

down, extrinsic circumstances may themselves adversely affect the stability of the marriage and the family unit. These include poverty, unemployment, inadequate housing, lack of recreational facilities, poor education, and sickness. The implementation of programmes for family life education, marriage counselling and conciliation will not eliminate the stress of many of these situations. They must be resolved by social welfare programmes that reflect a rational family policy and promote family cohesion. It must be recognized, however, that social welfare measures are usually introduced for reasons other than the implementation of a rational family policy. All too frequently, their impact on family stability, though significant, is disregarded or unknown. Research and experimental projects must be undertaken to promote the implementation of social welfare measures that will foster rather than hinder the stability of marriage and the quality of family life.

Superimposed on the above threats to the security and stability of marriage is the cultural ethos that each individual should have a freedom of choice and an opportunity to achieve personal happiness. If marriage breakdown is now more prevalent than in the past, changes in the cultural climate may be the principal cause. Although we can introduce social policies to alleviate economic stresses that contribute to marital disharmony and promote educational and counselling facilities to foster inter-spousal communication and understanding, it is difficult, if not impossible, to effect fundamental changes in the cultural climate. This can be illustrated by the changing role of married women in our society. In recent years, the women's liberation movement has focused attention on the need for women to acquire psychological and economic independence. But many women find it hard to combine the aspirations of a professional or business life with those of marriage. Notwithstanding their legal and political emancipation, they encounter serious economic and psychological pressures. They are still striving to achieve economic equality in the market place and emotional tensions are inevitable as they struggle with the competing demands of marriage and motherhood on the one hand an an active life in the business community on the other. These tensions create particular pres-

sures for marriages that have been built on a concept of dependency.

When examining the incidence of marriage breakdown and the prospect of developing preventive and therapeutic measures to promote the stability of marriage and family life, we must recognize our human limitations. There is no total solution. This does not provide, however, any excuse for continued inaction. It is no longer acceptable for the state to impose restrictive fault-oriented divorce laws on society in a futile attempt to buttress the stability of marriage and the quality of family life.

It is difficult to disagree with the conclusion of the Law Commission of England that the objective of a good divorce law should be to promote the stability of viable marriages and to terminate marriages that have irretrievably broken down with the maximum fairness and the minimum bitterness, distress and humiliation. In our opinion, a fault-oriented divorce law is anachronistic, unrealistic and demeaning.

Statistics

For many people, divorce is an explosive issue. There are many different viewpoints, some of which may be based on misconceptions concerning the incidence of divorce. Available statistics assist in putting the matter in perspective.

Statistics relating to divorces granted during the four year period from January 1, 1969 to December 31, 1972 indicate that of a total of 109,290 divorces, 48,075 or 43 per cent were based exclusively on the offence grounds, 54,960 or 50.3 per cent were based exclusively on the marriage breakdown grounds, and 6,255 or 5.7 per cent were based on allegations of an offence and also marriage breakdown. The statistical tables indicate that adultery, cruelty, and three years' separation are the primary grounds for divorce. The five years' separation ground and the ground of addiction to alcohol or drugs are relied on in a limited number of cases

but divorces on the other grounds, such as non-consummation of marriage, disappearance for three years, sodomy, bestiality, rape, homosexual act and imprisonment, are relatively few.

The statistics also reveal a high incidence of divorce among marriages that have lasted for ten years or more. These statistics do not support any assumption that liberalized divorce laws foster a divorce-minded public that rushes into divorce on the slightest provocation and at the first sign of marital conflict. Furthermore, almost fifty per cent of divorces include childless marriages or marriages where the children are no longer dependent on their parents. These statistics temper the popular notion that every divorce represents a threat to the emotional health of children.

Proposals for Divorce Reform

Conditions of Divorce

Traditionally the reform of divorce laws has centred on defining and designing the grounds of divorce. It has long been recognized that matrimonial offences, such as adultery, have in most cases only been used as a pretext to obtain a divorce; they have not been the cause of marriage breakdown but the result. The trend, therefore, has been to introduce marriage breakdown as the criterion for divorce. But this has presented problems respecting what and who defines marriage breakdown and the solution most frequently adopted has been the imposition of a period of separation. We have come to the conclusion that the central issue relates not to the grounds of divorce but to the conditions that must be met before a divorce is granted.

Looking at international trends and what actually happens in Canada, one can see that legislation and the judicial process concerning divorce are only faint rearguard actions. At best, they aid in settling contentious issues such as custody, property and maintenance; at worst, they themselves create contentious issues through an adversary process. In fact, as we have pointed out, the overwhelming majority of Canadians resolve the issues by agreement before they apply for a divorce. All that remains in most cases is a rubber stamping by the courts. In spite of what the legislation says, this is the divorce regime we have. And if this is what we

want, all that has to be done is to simplify the divorce process and make it no more difficult than marriage. We do not enquire into the grounds for marriage; why should we require grounds for divorce? Hate and indifference are no more justiciable issues than love. We require no waiting period for marriage; why should we require a waiting period for divorce? The answer may well be that it should be imposed in both instances. This, however, raises the basic issue of the extent to which the law should be used to promote public policy. Should we have a legal enquiry on each application for a marriage licence whether there is a sound emotional and economic basis for marriage and whether the couple has the ability to raise children? Is it sound public policy to give the state this power of decision or should it restrain itself to furthering public policy by informal means such as providing marriage and family life education or marriage counselling? Our answer at this time is that the institutions charged with the development of a family policy should be strengthened. There has to be a much better understanding of the nature and meaning of family life under present societal conditions before one can recommend any extension of legal controls.

There are, however, significant differences in the way the law should approach marriage and divorce. When people get married, they usually have no children, no common property and no serious past commitment. There are only hopes and promises. Commitments develop during the marriage, especially with the birth of children. When the marriage disintegrates, the hopes and promises disappear; only the commitments remain. This change is gradual and rarely occurs overnight. At the point of divorce, at least as it is conceived at present, breakdown has usually reached a stage of no return and most of the damage has been done. Indeed, present legal requirements contribute to the process of disintegration by focussing on faults rather than strengths, and by insisting on conditions, such as periods of separation, that make reconciliation more difficult. At the point of separation, the most stressful period, the only choice remaining is between private settlements such as separation agreements or legal proceedings. We have outlined these problems and made a number of

recommendations in our Working Paper on The Family Court. We should now explain how the divorce process could function, not on the basis of abstract grounds for divorce but on the basis of the needs and problems actually experienced.

Recommendations for a New Divorce Process

The fault orientation of the present grounds for divorce in Canada is reinforced by the adversary process, whereby the husband and wife who cannot resolve their conflicts by agreement must battle the issues out in the lawyer's office or in the court. This is time-consuming, expensive and frequently fails to bring out all the relevant facts. In addition, it provokes hostility between the spouses and intensifies the emotional anxiety experienced on marriage breakdown. All too often, it aggravates the conflicts between the spouses, and the inclination to use the adversary legal system before exhausting efforts for conciliation or settlement is detrimental to both the spouses and the children. It must be recognized that an effective disposition in divorce proceedings requires the resolution of human and not merely legal problems. A purely adversary approach to the resolution of family conflict is neither in the public interest nor in the interests of the affected parties. In our opinion, divorce procedures should be fundamentally revised. Instead of being primarily contentious, they should be more investigatory and directed to the best disposition or adjustment of the family situation as a whole.

In the exceptional case of a couple without children and with no financial claims on each other, divorce can and should be a simple affair since no public interest is served by prolonging a relationship that is intolerable to the spouses. The absence of restrictive conditions regulating marriage can be understood on this basis. At the time of marriage, conditions are not present that evoke a strong public interest.

Although it is often suggested that in the light of rising divorce rates, conditions for marriage should be re-examined, there is not enough certainty in prediction at this point to warrant any major interference. Marriages evolve and differences either strengthen the bond or become irreconcilable. If the differences lead to constant friction and turmoil, the public interest can be promoted by separation and divorce. But divorce should not be available on demand by way of an administrative process. The judicial process should be retained as a means of avoiding premature or unnecessary divorce. Although the prospects of reconciliation may be remote when divorce is being sought, they should not be totally dismissed and spouses should at least be aware of the counselling facilities that might possibly assist in promoting reconciliation.

In the vast majority of cases, divorce has consequences with respect to the disposition of property, the provision of maintenance or the making of arrangements for the children. Later in this paper, we propose certain procedures to promote the amicable and equitable settlement of these matters. But spouses may also disagree on whether their marriage has broken down. In the event of such a disagreement, we suggest that the divorce court should be able to use conciliation or investigative procedures to clarify the position. Although we see marriage breakdown as the basis of divorce, we reject the traditional approach that imposes a statutory period of separation as proof of marriage breakdown.

We advance the following arguments against the imposition of a designated period of separation as a prerequisite to divorce. The most significant objection is that the prospect of achieving reconciliation is much less when the spouses separate than when they continue to live together, albeit in a state of conflict or hostility. On separation, they develop their own independent lives and this militates against the prospect of re-establishing the marital relationship. Furthermore, serious hardship would be suffered if matrimonial offences were abolished as grounds for divorce and no petition could be entertained unless the spouses had been separated for a

lengthy period of time. Consider, for example, the reported case arising under section 3(*d*) of the *Divorce Act* where the wife sought a divorce on the ground of matrimonial cruelty alleging that her husband had killed their children. In circumstances such as this, there can be no justification for requiring the wife to wait, even for one year, before instituting proceedings for divorce. And what is the justification for imposing a separation period where other circumstances indicate that the spouses will never come together again? A further objection is that an economically dependent spouse may find it impossible to withdraw from cohabitation in order to satisfy the statutory prerequisite of separation. Consider, for example, the plight of the 50 year old woman who has devoted the best years of her life to child rearing and homemaking. If her marriage has irretrievably broken down, she might not find it easy to leave the matrimonial residence, find a job, and await the expiration of a year or more before filing for divorce. In addition, disputed issues of law and fact are spawned where separation is a prerequisite to divorce and this provides a foundation for protracted litigation in an adversary setting that is inimical to the interests of the spouses and their children. The final argument is the arbitrary character of a designated separation period. The fact that a marriage is dead is frequently established when the parties separate. For responsible spouses who encounter marriage breakdown, it can only aggravate their tensions and anxieties as they go through the loneliness of an enforced period of separation, being neither married nor unmarried in a couple-oriented society.

Some of the problems that arise from the imposition of a designated period of separation could be alleviated by a statutory discretion being conferred on the court to dispense with the requirement in appropriate circumstances. For example, the court could be empowered to waive the separation period where exceptional hardship would be encountered by either or both of the spouses. Waiver might also be appropriate in uncontested proceedings. In our view, the problems arising from the imposition of a designated period of separa-

tion would not be effectively resolved by giving the divorce court a discretionary power to override it. So much turns on the facts of the particular case and on the attitude of the individual judge. The introduction of a waiver formula would also require applications to the court for permission to institute divorce proceedings without awaiting the expiration of the designated period. This would inevitably add complications to the divorce process and increase legal costs.

It might be argued that the fact of marriage breakdown should be established in the traditional way in which allegations are proved in a court of law. Each of the spouses should be free to submit evidence respecting the state of the marriage. In uncontested divorce proceedings, the judge might act on the unchallenged testimony of the petitioner and not look behind his or her allegation that the marriage has irretrievably broken down. But in foreign jurisdictions where incompatibility constitutes a ground for divorce, judges do not invariably rule that the spouses are irreconcilable even where one of them persistently asserts his or her aversion to the marriage. The problems would obviously be compounded where divorce proceedings were contested because the spouses were not in agreement with respect to the state of their marriage. Can any judge reach an objective decision on whether the marriage is dead or alive on the basis of the contradictory evidence submitted by the spouses? Surely, marriage breakdown is not a triable issue in the traditional environment of our divorce courts. Nor should it be. Any attempt to render irretrievable marriage breakdown a litigible issue to be resolved on the basis of the contradictory evidence of the parties inevitably promotes the retention of all of the destructive aspects of the adversary system. Malevolent charges, delays, harassment and unconscionable settlements would continue to thrive.

In our opinion, where the parties do not agree that their marriage has broken down, the court should assume the responsibility for resolving the issue. This responsibility cannot be discharged under the present adversary process. We accordingly propose that where one spouse objects to divorce, the court should have the power to adjourn the proceedings for

a reasonable time to allow attempts at conciliation or secure an independent investigation of the facts by qualified support staff attached to the court or available in the community. A similar power to adjourn proceedings should vest in any officer of the court who conducts pre-trial hearings. These powers should be specifically defined by statute or rules of procedure in order to promote consistency in their application and prevent any arbitrary exercise of discretion.

Pre-trial procedures must be developed to reduce the contested issues to a minimum. They should extend beyond traditional legal boundaries and encompass counselling and investigative procedures to facilitate consensual settlements or the gathering of information relevant to a final disposition by the court. Where there is any dispute respecting the divorce, the children, inter-spousal maintenance, or the title and possession of property, the spouses should be required to have recourse to pre-trial procedures.

To minimize conflict and acrimony and to promote consensual settlements, we also recommend that a system of neutral pleadings be devised that excludes accusatory allegations of misconduct. And, where both spouses consent to a divorce, it should be available on their joint application. But whenever a divorce is sought, the spouses should have the opportunity to re-assess the future of their marriage. At the very least, they should be advised of counselling facilities available in the community or in the court to assist them in reaching a considered decision.

There is a vital need for informal, flexible, and investigative, rather than contentious, procedures. Spouses must be encouraged to have recourse to counselling. And where they cannot settle their differences amicably, the court should be empowered to order an independent investigation and report. But informal procedures must not undermine the dignity and authority of the court and non-compliance with statutory, procedural or evidenciary requirements cannot be countenanced. Furthermore, informal procedures must not impinge on the legal and civil rights of the affected parties. For example, they should have a right to counsel and should have

access to independent investigations and reports submitted to the court. Procedures directed towards reconciliation or the amicable settlement of disputes with the aid of counselling services should not be dependent on the submission of formal pleadings, although there might be some advantage in adopting the conciliation procedure existing in several American states, whereby the parties can file a petition for conciliation.

Changes in the form and method of pleading to encompass the requisite degree of flexibility and reduce or eliminate the incidence of fragmented jurisdiction and the defects of the present adversary procedures could be most effectively achieved by the mandatory use of standard forms. This would have the additional advantage of enabling parties to appear in person before the court in circumstances where legal representation is unnecessary or unavailable. Some of the present difficulties would also be mitigated by a general statutory provision or rule of court that conferred an unfettered discretion on the court to order an amendment of pleadings or a joinder of third parties in appropriate circumstances.

We further propose that divorce hearings should be held in the privacy of the judge's chambers rather than in open court. Divorce should involve some degree of privacy. This should not be confused, however, with total secrecy. A balance must be maintained between the rights of the family and the right of the public to have sufficient knowledge to assess the manner in which justice is administered. We consider that these competing interests can best be served by divorce hearings being closed to the public, subject to the judge's discretion to admit persons with a bona fide interest. But members of the press and other news media should be entitled to attend and report on divorce proceedings, provided that their reports do not contain particulars from which the parties can be identified.

The appointment of Divorce Commissioners or Masters to deal with routine matters should also be considered. This would relieve the heavy workload currently imposed on our judges and would reduce costs to the individual and the state.

Children and the New Divorce Process

The interests of the children should be protected in the divorce process. Far too often they have been used as weapons in the conflict between husband and wife. And invariably, they are the innocent victims of parents in conflict.

It might be argued that the children should have a voice in the decision to divorce. We do not accept this. We think the spouses must decide whether there is to be a divorce. Any direct involvement of the children invites emotional confusion and threats to their psychological welfare. Although the spouses should make the decision respecting divorce, they should not have the exclusive right or responsibility for determining those matters affecting the children that inevitably arise on divorce. Parents should not be permitted to bargain away the rights of their children to suit their personal convenience.

The welfare of the childern of divorcing parents should be guaranteed by suitable arrangements for their custody, care and upbringing. The children are also entitled to adequate economic support. To provide these basic rights and ensure that the children are adequately protected in the divorce process, we recommend that:

1. There should be a statutory duty imposed on the court to refuse a divorce unless it is satisfied that suitable arrangements are made for the maintenance, custody, care and upbringing of the children.

2. Appropriate counselling services should be available to assist the parents and children to adjust to changes in circumstances and to work towards achieving satisfactory solutions. And diagnostic and investigative services should be available to assist the court in making an appropriate disposition.

3. Arrangements for the custody, care and upbringing of children should be based solely on their welfare or best interests.

4. Children should have a right to be heard with respect to the arrangements for their custody, care and upbringing.

1. *The Duty of the Court*

Although many judges are sensitive to the needs of children, the children's interests are often treated superficially in divorce proceedings owing to the large number of petitions processed and the lack of adequate procedures to determine their best interests. In our opinion, a statutory duty should be imposed on the court to refuse divorce unless it is satisfied that suitable arrangements are made for the maintenance, custody, care and upbringing of the children. This duty should apply in all divorce proceedings regardless of whether there is any dispute. The court should be required to expressly stipulate whether it is satisfied respecting arrangements for the children. And where it is not satisfied, it should adjourn or, in appropriate cases, dismiss the divorce proceedings. Pre-trial procedures should be devised to provide an independent assessment of any consensual arrangements between divorcing parents. This proposed statutory duty is an extension of section 9(1)(*e*) of the *Divorce Act* which requires the court to refuse a decree under section 4 if the granting of the decree would prejudicially affect the making of reasonable arrangements for the *economic support* of the children.

The mere imposition of a statutory duty is unlikely to produce radical changes in the divorce process. But, coupled with the proposed procedures respecting independent legal representation, counselling, investigative reports and expert testimony, it should lead to more effective protection of the interests of the children of divorcing parents.

2. *Techniques for the Resolution of Disputes*

Statutory duties and criteria designed to protect the children cannot operate in a procedural vacuum. We accordingly recommend that the divorce court should have the discretionary power to invoke one or more of the following procedures:

(i) adjourn legal proceedings so as to provide an opportunity for the family to receive counselling;

(ii) order an independent investigation and report; and

(iii) seek expert opinion and guidance as to the most suitable arrangements for the children.

We further recommend that the court should have a discretionary power to add as a party to divorce proceedings any person having an interest in the custody, care and upbringing of the children. Later in this paper we shall propose that there should be legal representation for the children in appropriate cases.

A statutory foundation for the proposed procedures should be established in the federal divorce legislation. But each province should be free to work out how relevant services can best be delivered. We urge the federal government to assist the provinces in defraying the cost of implementing new procedures.

(i) *Counselling*

The legal and judicial process should encourage parents to resolve disputes affecting children by negotiation rather than litigation. Parents and children can often benefit from discussing their problems with a family counsellor. We accordingly recommend that the court should have an unfettered discretion to postpone or adjourn legal proceedings if it considers that counselling would benefit the parents or children or promote a conciliatory settlement. The discretion should not be dependent on the wishes or consent of the parents and should be exercised having regard to the welfare and best interests of the children. We do not propose that counselling should be mandatory or that sanctions should be imposed for any refusal to engage in counselling. In our view, coercion would be undesirable and fruitless. The exercise of a judicial discretion to postpone or adjourn proceedings may, however, prove influential in promoting recourse to counselling facilities in the court or in the community at large. Since counselling and conciliation services are much more likely to produce constructive results in the early rather than the late stages of litigation, it is imperative that pre-trial procedures be developed to ensure access to these services at the earliest possible time.

(ii) *Investigation*

Investigative procedures can provide a judge or officer of the court with information concerning the family that will facilitate an appropriate disposition of the issues arising on divorce. Prevailing adversary procedures focus on partisan evidence submitted by or on behalf of the spouses or parents. They do not provide a sufficient or reliable basis for judicial dispositions. We recommend that the court should be entitled to call on social services to undertake the preparation of independent diagnostic and investigative reports. These reports, together with the evidence submitted by the parties, should provide a more substantial foundation for judicial decisions respecting the custody, care and upbringing of the children.

It might be thought that there should be an independent investigation in every divorce case where there are children. In our opinion, a universal and mandatory investigative procedure would impose an undue strain on available resources. In any event, an independent investigation would not affect the vast majority of cases. Consequently, it makes more sense to provide for mandatory investigation in those cases where custody arrangements are in dispute. We recognize that there may be exceptional cases where an investigation would be appropriate even though the parents have reached agreement respecting the custody, care and upbringing of the children. In order to accommodate these exceptions and also to promote the most effective use of available social services, we recommend that there should be a procedure whereby custody reports shall be made available to the court:

(a) where custody arrangements are in dispute;

(b) where a party to the proceedings, or a parent or other interested person, so requests; or

(c) in any other circumstances when a judge or officer of the court thinks fit.

We further recommend that an officer of the court should be assigned the responsibility for examining any agreement made by divorcing parents in order to ascertain whether it promotes the best interests of the children. This officer should be able to call on social workers and behavioural scientists for an investigation and appraisal of the circumstances of the family and for a recommendation as to the most appropriate disposition that might be made respecting the children.

We also recommend that where an investigation and report has been authorized, the report should be in writing and available to the parties to the proceedings and to such other persons as the court may designate. Any party to the proceedings should be entitled to cross-examine the person or persons who conducted the investigation or prepared the report. In appropriate cases, and subject to the discretion of the court, persons who are the primary source of the informa-

tion contained in the investigative report should also be available for cross-examination.

(iii) *Expert Testimony*

In Ontario, a practice has developed under which the court may call for a report from a psychiatrist or psychologist regarding the most suitable arrangements for the children of divorcing parents. This procedure is invoked when custody is contested in divorce proceedings and the court usually requires the consent of the divorcing parents to a psychiatric or psychological assessment. The psychiatrist or psychologist preparing the report may be called as a witness and is subject to cross-examination by either party. This procedure often promotes the settlement of custody disputes and, where this does not result, it produces expert testimony of substantial value to the court.

In Quebec, a psycho-social service has recently been attached to the Family Division of the Superior Court. It is already operational in Montreal and will be implemented in other areas of the province after it has been perfected in the metropolitan judicial district. The psycho-social service is composed of specialists in marriage and family counselling and child welfare. With the consent of the parties and on the request of the court, the multi-disciplinary team sees all the interested parties and the children and makes assessments and recommendations respecting custody in proceedings for divorce or separation from bed and board.

We recommend that the use of psycho-social expertise should be available to every divorce court. In our opinion, however, the power of the court to call on experts in the social or behavioural sciences should not be restricted by any requirement of consent by the parties. Nor should the procedure be confined to cases where custody is disputed. Any report prepared by an expert should be subject to examination by the court and to cross-examination by any interested party in the proceedings, including counsel representing the children.

(iv) *Pre-trial Procedures and Post-divorce Litigation*

Measures designed to protect the interests of the children should be available before trial, on the application of any interested person, including the parties, or on the motion of any officer of the court. Pre-trial procedures must be developed to identify, at the earliest possible time, the measures most likely to promote a constructive disposition of the issues affecting the children. As we stated in our Working Paper on The Family Court, child placement must be treated as an urgent matter and statutory provisions or rules of procedure should be introduced to expedite disposition. The emotional and psychological well-being of the children of divorcing parents demands that early and adequate arrangements be made for their custody, care and upbringing.

Problems relating to the custody, care and upbringing of children may not be finally resolved on the issue of a divorce decree. We accordingly recommend that the procedures outlined above should be available where disputes arise between the parents after a divorce has been granted.

3. *Relevant Statutory Criteria*

Section 11(1) of the *Divorce Act* currently regulates the powers of the court to make orders for the maintenance, custody, care and upbringing of the children. It expressly provides that the court shall have regard to "the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them". These criteria seem more appropriate to maintenance than custody dispositions. Consequently, the courts have not regarded themselves as fettered by the express language of the section and have placed primary emphasis on the welfare or best interests of the children in adjudicating custody disputes.

Subject to certain qualifications, we suggest that the basic principle established by the case law should be incor-

porated in the *Divorce Act*. But the case law makes the welfare of the children "the first and paramount consideration" whereas we believe that it should be the "sole consideration". It should be made absolutely clear that other factors are irrelevant. Furthermore, we consider that the term "welfare" may be too restrictive. We recommend, therefore, that statutory provisions should be drafted whereby dispositions respecting the custody, care and upbringing of the children shall be made having regard "only to the best interests of the children based on their welfare and emotional well-being".

We also think that legislation should spell out the social policy to be applied and offer specific guidelines to the courts and to lawyers and others who are active in the resolution or settlement of custody disputes. We recommend the adoption of a statutory formula along the following lines:

> In determining what is in the best interests of any child based on his or her welfare and emotional well-being, the court shall consider the social, psychological and economic needs of the child and shall take into account the following factors:
>
> (i) the kind of relationships the child has with the persons to whom custody, care and upbringing might be entrusted, and any other persons, such as brothers and sisters, who may have a close connection with the question of the child's custody, care and upbringing;
>
> (ii) the personality and character of the child and his or her emotional and physical needs;
>
> (iii) the capacity to be parents of persons to whom the custody, care and upbringing of the child might be entrusted, the kind of home environment they would provide for the child, and the kind of plans they have for the child's future;
>
> (iv) the preference of the child to the extent that the court considers it appropriate having regard to the age and maturity of the child.

A conscientious application of the above criteria would focus attention on the affectionate relationship and eliminate many of the artificial criteria currently applied in the adjudication of custody disputes. The courts would no longer be concerned with the inter-spousal conduct of a proposed custodian that

does not affect his or her relationship to the child. The courts would treat fathers and mothers on an equal basis and no sexual discrimination would be made in determining who is the more appropriate parent to assume the responsibility for the children. The present practice whereby one parent is often preferred over the other merely by reason of the age or sex of the child would no longer be countenanced. Furthermore, there would be no arbitrary preference for a parent over a non-parent. Indeed, for the elimination of doubt, the court should be specifically empowered to award the custody of a child to a non-parent where it considers that the interests of the child *require* such a disposition.

Issues relating to the custody, care and upbringing of children can also arise after divorce. Section 11(2) of the *Divorce Act* provides that, where an order has been made on the granting of a decree nisi, it may be subsequently varied or rescinded by the court that made the order if the court "thinks it fit and just to do so having regard to the conduct of the parties since the making of the order or any change in the condition, means, or other circumstances of either of them". Here again, the welfare of the children is not specifically mentioned but tends to be the paramount consideration in any judicial disposition. It has been held that an existing custody order should not be lightly disturbed and there must be a material change of circumstances to justify any variation or rescission of the order. We agree with this approach. There must be provision for the variation and rescission of orders where circumstances have changed materially. Variation or rescission should be ordered, however, only where it is in "the best interests of the children based on their welfare and emotional well-being". We propose that legislation should expressly affirm this criterion. It is vital for children to have a stable environment. Once the trial judge has made an order for custody, the parents should not be free to re-open the issue because of slight changes in circumstances, whether fancied or real.

Problems have arisen respecting the enforcement and variation of custody orders in provinces other than that where

the original order was made. For example, if an order for custody is made on the granting of a divorce in Saskatchewan, subsequent proceedings may be instituted by one of the parents in Ontario, perhaps under provincial legislation. The question then arises whether the Ontario court should accept the Saskatchewan custody order without question or whether it may vary or disregard the order. We are of the opinion that some measure of flexibility must be introduced to permit the courts in one province to change a custody order made by a divorce court in a different province. But this should only be done to secure the best interests of the children based on their welfare and emotional well-being. Furthermore, a court should be most reluctant to entertain any application unless it is the most appropriate forum for the adjudication of the issue. The law and the courts must be careful to protect the interests of the parent who has legal custody and must not countenance a situation where one parent abducts a child and moves to another province for the very purpose of overriding an existing custody order in favour of the other parent.

4. *The Right to be Heard*

The right of the children of divorcing parents to be heard with respect to arrangements for their custody, care and upbringing has two dimensions. The first involves their right to be represented by counsel. The second relates to the right to express their opinions before a decision concerning their future is made.

(i) *Independent Legal Representation*

It would be possible for the law to require the independent legal representation of children in any divorce proceeding. In our opinion, a universal practice of this kind would be unwarranted and constitute a misuse of resources because many divorcing parents do, in fact, make reasonable arrangements for their children.

We propose that the children should have independent legal representation:

(i) whenever custody is being disputed by the parents in the divorce proceedings, and

(ii) in uncontested proceedings, if the judge or an officer of the court considers representation to be necessary.

Counsel for the child should have the same rights and privileges as counsel for the parents. For example, he should be entitled to examine and cross-examine witnesses on matters relating to the maintenance, custody, care and upbringing of the children. In addition, he should have access to available social, psychological and psychiatric resources.

We have no doubt that where custody is disputed by the parents, the children require independent legal representation. Counsel for the respective parents cannot be expected to downgrade the interests of their client in order to advance the sometimes conflicting interests of the children. Consequently, the children should have independent legal representation.

Where divorcing parents have made arrangements respecting the children, the courts have traditionally approved them after a very cursory examination. We recommend that pre-trial procedures should be developed and an officer of the court appointed to ascertain whether the arrangements promote the best interests of the children. If not, this officer should be responsible for securing independent legal representation for the children if the issue cannot otherwise be resolved.

During the past few years, certain practices and procedures have evolved in several provinces to provide legal representation for the children of divorcing parents, particularly where custody is in dispute. We believe these procedures can co-exist with federal legislation designed to promote the representation of the children's interests through the appointment of independent legal counsel. To promote such co-existence, we recommend that the decision as to who shall represent the children be resolved by the respective provinces.

The lawyer appointed to represent the children could be a legal practitioner, an officer of the court, or a person drawn from a provincial office such as that of the Official Guardian, Public Trustee, or Director of Child Welfare. If the provision of legal representation is left to each province, we recommend that federal financial assistance be made available to defray the costs.

(ii) *The Opinions of the Children*

Where a custody dispute goes to trial, some judges attach significance to opinions and preferences expressed by the children but others do not. We think the children should have their opinions taken into account. We recommend that, where custody is being contested in divorce proceedings, the court should be statutorily required to ascertain the views of the children. We do not propose that the children be called as witnesses and asked direct questions respecting their preferences. Nor do we propose that the judge should speak to the children informally in his chambers. The implementation of our recommendations respecting pre-trial procedures and the appointment of counsel to represent the children should offer adequate means and suitable techniques for ascertaining the children's opinions and preferences and assessing their validity having regard to their best interests. A report can then be submitted to the judge presiding over the divorce hearing. Where the placement of children has been resolved by agreement between the divorcing parents, we recommend that the officer of the court responsible for scrutinizing the agreement should be entitled to secure the opinions of the children in appropriate cases.

Economic Adjustments on Divorce

The Financial Implications of Marriage Breakdown and Divorce

Marriage breakdown and divorce represent an economic crisis for the spouses. There are seldom enough assets to go around and, as a rule, both spouses have to make substantial adjustments to their accustomed style of living. This is not easy, especially when one or both are still caught up in the emotional turmoil of the marriage failure.

Theoretically, section 11 of the *Divorce Act* confers equal rights and obligations on the divorcing husband and wife. Either can be legally required to support the other as well as any dependent children. Social and economic realities, however, militate against actual equality. To all intents and purposes, the obligation to maintain an ex-spouse still remains a unilateral obligation imposed on the ex-husband. To compound his problems, if he is a typical divorcee, he will get remarried within a few years after divorce or form a non-marital family relationship. And few people, even among the affluent, can afford to maintain two families.

It is not sufficient for legislatures to enact statutory provisions establishing reciprocal support rights and obligations between ex-spouses. Such legislation loses much of its force if no steps are taken to promote equal economic opportunities for men and women. We must strive to eliminate discrimination against women in the labour force where they

receive less pay and fewer promotions than their male peers. There must be adequate training programmes to rehabilitate spouses who have been excluded from employment by domestic responsibilities. For divorced spouses with children, child care facilities must be available.

It may well be that the denial of support by a spouse or parent will some day be regarded as one of the hardships of life for which social insurance should make provision but this day is not yet imminent. Accordingly, we see no justification for an abrogation of the right to inter-spousal maintenance on divorce. Some modification of the existing criteria for awarding inter-spousal maintenance would, however, seem appropriate.

The past two decades have seen radical changes in the status of married women. Approximately one-third of Canada's labour force are women and more than half of these are married. This group represents one-third of all married women in Canada. The social, economic and psychological emancipation of the married woman has been reflected in changing judicial attitudes and dispositions. There has been a shift from the original position that virtually guaranteed maintenance to an "innocent" wife on her divorce. The marriage certificate is no longer regarded as a licence for the ex-wife to collect permanent maintenance from her former husband. Today, women whose marriages have lasted only for a short period are usually denied maintenance or awarded a small lump sum. Even older women who have no dependent children are frequently awarded only modest periodic maintenance. They are expected to return to the labour force. Many inter-spousal maintenance awards on divorce can now, therefore, be regarded as rehabilitative grants. Substantial permanent maintenance is usually reserved for older women who have been married for a long time, are unlikely to remarry, and are no longer competitive in the labour market. But even here, the awards are not generous.

Present and Prospective Statutory Criteria

Although the courts have responded to the changing status of married women, problems continue to arise under the present system. The court has an extremely wide discretion to award inter-spousal maintenance. There are very few statutory criteria to assist the court in exercising its discretion. Briefly stated, the court is required to have regard to the conduct of the parties and their respective means and needs.

The absence of more specific guidelines to regulate the judicial discretion naturally leads to a wide divergence in attitudes and practice. Some judges make high awards; others make low awards. Some assess maintenance in a mechanical way by awarding a fixed percentage of the husband's income or assets. Others pay particular attention to the degree of guilt they attribute to the respective spouses for the breakdown of the marriage. The husband who is guilty of repeated adultery is often penalized through a higher maintenance award. Conversely, the "guilty" wife can expect to receive a lesser award and, in some cases, no award.

In our opinion, the divorce courts are not equipped to determine questions of guilt or innocence nor can they ascertain the extent to which each spouse may have contributed to the breakdown of the marriage. Responsibility for the breakdown of the marriage and inter-spousal misconduct should, therefore, be expressly excluded from consideration in any judicial determination of the right to inter-spousal maintenance. Only the needs and resources of the respective parties should be considered.

We recommend that specific statutory guidelines should be provided to assist the court in disposing of maintenance claims. The relevant criteria are discussed at length in our Working Paper on Maintenance. They incorporate the following principles:

> 1. Marriage per se does not create a right to maintenance or an obligation to maintain after divorce; a divorced person is responsible for his or her own maintenance.

2. A right to maintenance may be created by reasonable needs following from:

(a) the division of function in the marriage;

(b) the express or tacit agreement of the spouses that one will maintain the other;

(c) custodial arrangements made with respect to the children of the marriage at the time of divorce;

(d) the physical or mental disability of either spouse that affects his or her ability to maintain himself or herself; or

(e) the inability of a spouse to obtain gainful employment.

3. The purpose of maintenance on divorce is to provide the maintained spouse with financial support required to meet those reasonable needs recognized by law as giving rise to a right to maintenance during the transition period between the end of the marriage and the time when the maintained spouse should reasonably be expected to assume responsibility for his or her own maintenance; maintenance on divorce is primarily rehabilitative in nature.

4. A right to maintenance shall continue for so long as reasonable needs exist, and no longer; maintenance may be temporary or permanent.

5. A maintained spouse has an obligation to assume responsibility for his or her own maintenance within a reasonable period of time following divorce unless, considering the age of the spouses, the duration of the marriage, the nature of the needs of the maintained spouse and the origins of those needs, it would be unreasonable to require the maintained spouse ever to assume responsibility for his or her own maintenance, and it would not be unreasonable to require the other spouse to continue to bear this responsibility.

6. A right to maintenance is not adversely affected, forfeited or reduced because of conduct during the marriage; or because of conduct after the marriage except

(a) conduct that results in a diminution of reasonable needs; or

(b) conduct that artificially or unreasonably prolongs the needs upon which maintenance is based or that artificially or unreasonably prolongs the period of

time during which the maintained former spouse is obliged to prepare himself or herself to assume responsibility for his or her own maintenance.

7. The amount of maintenance should be determined by:

(a) the reasonable needs of the spouse with a right to maintenance;
(b) the reasonable needs of the spouse obliged to pay maintenance;
(c) the property of each spouse after divorce;
(d) the ability to pay of the spouse who is obliged to pay maintenance;
(e) the ability of the spouse with the right to maintenance to contribute to his or her own maintenance;
(f) the obligations of each spouse towards the children of the marriage.

The implementation of these principles would meet many of the criticisms directed at our present system. They would eliminate the "alimony drone" but provide adequate financial protection for spouses who are unable to accommodate their legitimate needs through individual efforts in the labour market. Moreover, they would project the philosophy of equal rights, opportunities and obligations for both sexes and this constitutes a sound basis for future marriages. At the same time, they would enable the court to protect the financially dependent spouse whose life has been devoted to child-rearing or homemaking and who cannot be expected to adapt to the new philosophy. In short, the new criteria offer enough flexibility for the courts to make allowances for all types of marriages, having regard to the reasonable expectations of the parties and their own particular economic realities.

Variation and Termination of Maintenance Obligations

Since there may be a substantial change in circumstances after maintenance has been awarded in divorce

proceedings, a discretionary power must be reserved to the courts to vary or rescind the original order. In our opinion, however, there should be some degree of finality or certainty attaching to orders for maintenance granted on divorce. Both spouses are entitled to know what their rights and obligations are likely to be in the future so that they can make plans for their separate lives. Where suitable arrangements for the maintenance of an ex-spouse have been made at the time of divorce, evidence of a very substantial change in circumstances should be required before any supplementary award is made. We accordingly recommend the enactment of a statutory provision whereby orders for periodic maintenance shall be modified only on proof of "changed circumstances so substantial as to make the continued operation of the original order unreasonable". We do not intend that this provision should preclude the court from exercising a general discretion to remit arrears of maintenance that have accrued under a court order. Indeed, we suggest that the court should be given express statutory authority to order a remission of arrears where it considers it appropriate.

We further recommend that no power of variation or rescission should vest in the court where the order for maintenance is a lump sum award. A lump sum order and any order for the disposition of title to property should be final and not subject to modification except in circumstances where there has been an abuse of the judicial process or the order was made in ignorance of facts that would have materially affected the disposition.

Statutory provisions should also be introduced whereby periodic maintenance for an ex-spouse shall terminate on the death of either party or on the remarriage of the party receiving maintenance unless the court has expressly stipulated to the contrary or a voluntary settlement negotiated between the parties makes express provision for payment after death or remarriage.

Maintenance of Children

Turning from inter-spousal maintenance to the maintenance of the children of divorcing parents, we believe that legal obligations should be imposed on both parents to contribute to the maintenance of their children. The court should have the power to call on either or both of them to pay maintenance to the children according to their respective abilities. We accordingly recommend no change in the existing provisions of the *Divorce Act* insofar as they impose an obligation on both parents to ensure the economic welfare of their children. We think it would be advantageous, however, to statutorily define the factors that the court should consider in making any disposition with respect to the maintenance of children. We recommend that the court should be required to take account of the following factors:

(i) the financial and educational needs of the child;
(ii) the physical and emotional condition of the child;
(iii) the upbringing and standard of living that the child would have enjoyed had the marriage not been dissolved;
(iv) the income, earning capacity, property and other financial resources of the child; and
(v) the financial resources and needs of the respective parents.

Having regard to these factors, the court should then be directed to exercise its powers so as to place the child as far as is practicable in the same position as he or she would have been if there had been no divorce.

In the absence of any express agreement between the parents or express declaration on the part of the court, the obligation to maintain a child should terminate with the child's emancipation. But the death of a parent should not terminate his or her obligation to support the child. The court should be empowered to make an appropriate order establishing the obligation of a deceased parent's estate to the child. To avoid problems that can arise in the administra-

tion and settlement of estates, there should be some means whereby an application can be made by or on behalf of the child or the personal representatives of the deceased to ascertain the obligations of the estate. The court should be empowered to modify the original order and, where appropriate, commute any periodic maintenance to a lump sum payment.

Dispositions of Property

Inter-spousal maintenance and child support are linked to an equitable distribution of property on divorce. If we are to achieve economic justice on the dissolution of marriage, our laws regulating inter-spousal property rights must be changed.

As we stated in our Working Paper on Family Property, each spouse should be entitled to a fair share of the property owned by either of them at the time of marriage breakdown or divorce. In our Working Paper, we examined various alternative proposals for reform of the law. It is now appropriate for us to express certain tentative conclusions.

We consider that changes cannot be delayed indefinitely. If the doctrine of separate property is retained, we recommend that the divorce court should be given a discretion to divide and distribute property, regardless of how title is held or who paid for the property, so as to promote economic justice between the divorcing spouses. In our opinion, it would be desirable to define certain statutory criteria to regulate the exercise of the judicial discretion. We are attracted to the criteria defined in section 307 of the Uniform Marriage and Divorce Act which provides as follows:

> 307. (*a*) In a proceeding for dissolution of a marriage, . . . the court, without regard to marital misconduct, shall . . . equitably apportion between the parties the property and assets belonging to either or both however and whenever acquired,

and whether the title thereto is in the name of the husband or wife or both. In making apportionment the court shall consider the duration of the marriage, any prior marriage of either party, any antenuptial agreement of the parties, the age, health, station, occupation, amount and sources of income, vocational skills, employability, estate, liabilities, and needs of each of the parties, custodial provisions, whether the apportionment is in lieu of or in addition to maintenance, and the opportunity of each for future acquisition of capital assets and income. The court shall also consider the contribution or dissipation of each party in the acquisition, preservation, depreciation, or appreciation in value of the respective estates, and . . . the contribution of the spouse as a homemaker or to the family unit.

(*b*) In the proceeding, the court may protect and promote the best interests of the children by setting aside a portion of the jointly and separately held estates of the parties in a separate fund or trust for the support, maintenance, education, and general welfare of any minor, dependent, or incompetent children of the parties.

The above statutory formula might be unattractive to Quebec which has a basic property regime premised on fixed rights rather than judicial discretion. It might also be unacceptable in other provinces that are contemplating a move towards a deferred sharing or community property regime. The dilemma of accommodating both common law and civil law systems with a statutory formula to regulate the disposition of property on divorce was faced by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws for the United States. It resolved the dilemma by suggesting an alternative statutory formula for adoption in those states with a community of property regime. Accordingly, an alternative section 307 of the Uniform Marriage and Divorce Act provides as follows:

307. In a proceeding for dissolution of the marriage, . . . the court shall assign each spouse's separate property to that spouse. It also shall divide community property, without regard to marital misconduct, in just proportions after considering all relevant factors including:

(1) contribution of each spouse to acquisition of the marital property, including contribution of a spouse as homemaker;

(2) value of the property set apart to each spouse;

(3) duration of the marriage; and

(4) economic circumstances of each spouse when the division of property is to become effective, including the desirability of awarding the family home or the right to live therein for a reasonable period to the spouse having custody of any children.

It would be possible to adopt or adapt the above alternative proposals to meet Canadian needs regardless of whether legislative action were taken at the federal or provincial level. If federal legislation were enacted, alternative criteria could be incorporated in the statute with each of the provinces and territories being permitted to elect between the alternatives. We see no objection, however, to provincial legislation regulating the disposition of property on divorce. In our opinion, a fragmented legislative jurisdiction, whereby property rights are regulated by provincial legislation and maintenance rights by federal legislation, does not present insuperable problems. The vital need is for legislation, whether federal, provincial, or both, that enables the divorce court to make a fair and comprehensive disposition of all of the economic issues arising on divorce.

Incidental to the issues of maintenance and title to property are questions relating to the possession or occupation of the matrimonial home and the use and enjoyment of household effects. The courts can already grant occupational rights in the matrimonial home to a spouse who is not the titleholder but this area of law is plagued with uncertainty and inconsistency.

In our opinion, the divorce court should have a wide discretion to make orders for the occupation of the matrimonial home. It should be able to dispossess a titleholder or grant an injunction to prevent a unilateral sale or transfer of the home or the termination of a lease. It should be able to grant occupational rights over part of the premises where they are being used not only as a residence but also to carry on a business or profession. It should have the power to order a spouse occupying the home to make periodic payments to the other in respect of the occupation. It should also be empowered to impose obligations on either spouse to repair

or maintain the property or discharge any other liabilities arising in respect of the property. We are of the opinion that the court should exercise its discretion and grant possessory rights in the matrimonial home to a non-titleholder only where no adequate alternative accommodation is readily available or where dispossession of the non-owner would present special problems. We would not, however, expressly fetter the discretion of the court to temporarily override the interests of a titleholder.

The divorce court should also have the power to make orders with respect to the ownership or the use and enjoyment of household effects. This should include an injunctive power to compel the return of household effects to the matrimonial home or to prohibit their sale or transfer, a power to transfer the ownership, and a power to regulate financial rights and obligations with respect to the household effects.

If the divorce court is granted a power to order a transfer of real or personal property, including the matrimonial home and its contents, it should be entitled to impose terms and conditions on the transfer. For example, it should be empowered to direct the payment of rental or mortgage amortization or interest payments, and the payment of insurance, taxes, repairs or other carrying charges on real or personal property owned or in the possession of either spouse. Dispositions respecting the ownership of property should, in our opinion, only be made on the granting of a divorce. But an order respecting the possession of property should be possible by way of interim relief as well as on the granting of a divorce decree. No order granting permanent possession to one spouse of real property owned by the other should be granted, however, if adequate provision for the maintenance and support of the dependent spouse can be made in any other manner or by any other means.

Refusal of Divorce

Section 9(1)(*f*) of the *Divorce Act* imposes a statutory obligation on the court to dismiss any petition for divorce

based on section 4(1)(*e*) if the granting of a decree would be unduly harsh or unjust to either spouse or would prejudicially affect the making of reasonable arrangements for necessary maintenance. The primary object of section 9(1)(*f*) is to protect the economic security of an "innocent" and financially dependent spouse.

If marriage breakdown is introduced as the exclusive criterion for divorce in Canada, we believe that it will be necessary to retain a statutory provision similar to section 9(1)(*f*). We would prefer, however, to see a power of suspension rather than a duty of dismissal vesting in the court. We accordingly recommend the adoption of a statutory formula whereby the court must postpone or suspend the granting of a divorce decree until such time as reasonable arrangements are made for the maintenance of the dependent spouse. As an alternative to suspending or withholding the decree, the court should be entitled to grant the divorce and make such orders as seem appropriate with respect to the economic rights and obligations of the spouses.

Although every step should be taken to ensure the financial welfare of the dependent spouse in divorce proceedings, the law must not discriminate between the rich and the poor by withholding divorce from the economically deprived. Where the financial circumstances of the parties preclude adequate arrangements being made for the maintenance of a dependent spouse, we do not think that divorce should be denied. Denial would neither promote the reconciliation of the spouses nor prevent the formation or continuation of "de facto" family relationships.

Procedures

We recommend the use of counselling, conciliation and investigative services as a practical means of resolving issues between spouses respecting their economic rights and obligations on divorce. If protracted and expensive litigation is to be avoided, these services must be available as soon as possible after divorce proceedings have been instituted.

Counselling and Conciliation

Divorce is usually a traumatic experience for one or both of the spouses. It may manifest itself in anxiety, guilt, depression or anger. Many spouses are consequently ill-equipped to determine their present and future economic rights and obligations. For example, a spouse who feels rejected may give vent to anger or revenge by making excessive demands for maintenance. Or, in a state of depression, a spouse may fail to pursue legitimate claims for reasonable maintenance in order to get the divorce over and done with. Or a spouse may seek to expiate his or her guilt by agreeing to pay an unreasonably high amount of maintenance or accept an unreasonably low amount. In these fairly typical situations, resentment usually surfaces some time after the agreement has been negotiated and the conflict between the spouses is renewed, often in the form of post-divorce litigation.

In an attempt to promote rational and reasonable economic adjustments on divorce, we propose that the spouses should have an opportunity to conciliate their differences with the aid of counselling facilities in the court or the community at large. Voluntary settlements worked out by the spouses in a non-adversarial environment are likely to be more economically practical and more acceptable to each of them. We accordingly recommend that the court should have power to postpone or adjourn divorce proceedings for a designated period of time in order to afford the spouses an opportunity to have recourse to counselling and conciliation services.

Investigation

Where divorcing spouses have made an agreement defining their rights and obligations with respect to maintenance and property, we propose that the agreement should be evaluated by an officer of the court by way of a pre-trial procedure. If this officer concludes that the agreement is reason-

able, the parties should be entitled to incorporate the agreement in the divorce decree if they so choose. If the agreement is found to be unreasonable, the spouses should be required to re-negotiate the terms, with or without the aid of counselling and conciliation services. If this is unacceptable to the spouses, the matter should go to trial and an independent report should be submitted to the court to assist it in making the most appropriate disposition.

Where maintenance or property rights are contested in divorce proceedings, a judge or officer of the court should be entitled to postpone or adjourn the proceedings so as to permit the spouses to make use of counselling and conciliation services. The court should also be empowered to order an independent investigation and report of the financial circumstances of the parties before any maintenance or property disposition is made. This power should not be indiscriminately exercised and should constitute only one aspect of the fact-finding process. The divorce petition should itself contain relevant financial information and might well be accompanied by the sworn affidavits of each spouse setting out their income and capital assets and existing debts or obligations. The court should have the power to require the employer of either spouse to furnish a written certificate of wages or salary. It should also be entitled to compel the disclosure of relevant information by the Unemployment Insurance Commission or any government agency or department. Such disclosures could be useful not only in determining the financial circumstances and needs of the parties but also in tracing a spouse who has abandoned family dependants.

Any investigative report prepared for the judge or any other officer of the court should be provided to the spouses who should have a right to cross-examine any person responsible for the contents of the report.

Counselling, conciliation and investigative services should also be available in post-divorce litigation involving the enforcement or variation of orders.

Enforcement

One of the most serious problems facing a divorced spouse is the inability to enforce an existing maintenance order by some simple, quick and inexpensive procedure. We reiterate the conclusion expressed in our Working Paper on The Family Court that it is necessary to establish services and procedures whereby the court, through its officers, can directly secure the enforcement of its orders. Officers of the court should assume the responsibility for the receipt and disbursement of monies and should be empowered to institute appropriate proceedings to ensure that any default under a court order is explained, and where appropriate, made good. Their responsibilities should extend not only to the enforcement of interspousal maintenance orders but also to the enforcement of orders relating to the maintenance, custody, care and upbringing of children.

For the further economic protection of family dependants, we recommend that the court should have the power to make an assignment of wages or a continuing garnishee so as to guarantee the payment of monies ordered by the court. The present requirement whereby garnishee proceedings must ordinarily be instituted after each and every default should be eliminated. And public servants should not be exempt from the garnishee process. The rights of family dependants can no longer be ignored merely on the basis of legal anachronisms regulating the position of the Crown and its servants.

Concluding Observations

When marriage breaks down, all members of the family go through emotional crises and face an uncertain future. It is unlikely that marriage breakdown and divorce will ever become painless. But there is no reason why legal rules and practices should exacerbate the problems. The primary thrust of the present Canadian divorce regime and process is fault-oriented. This can be seen in the grounds for divorce as well as in the adversary procedures used to resolve disputes between divorcing spouses. If the crisis of marriage breakdown is to be constructively resolved, the answer lies not in the imposition of restrictive divorce laws but in the development of counselling and conciliation services to promote compatibility between spouses and in social welfare measures to alleviate the economic stresses that constitute a threat to marital stability. But the divorce regime and process must also be revamped to promote maximum fairness and minimum humiliation and distress on the dissolution of marriage. The divorce courts must no longer constitute the battleground for prospective attacks between the spouses and we must abandon the fault-oriented regime that provokes an exchange of accusatory charges and recriminatory countercharges. Above all, we must take positive steps to promote the welfare of the children of divorcing parents and to ensure a fair and reasonable economic readjustment between the divorcing spouses.

If this is to be achieved, there must be changes in the substantive law regulating parental and children's rights and the economic rights and obligations of the spouses. But even more important, innovative procedures must be devised to promote a constructive resolution of the issues arising on divorce. Ideally, the implementation of the proposals set out in this Working Paper should be effected within the framework of a unified Family Court.

Reservation of Claire Barrette-Joncas, Q.C., Part-time member of the Commission

I agree with my colleagues with respect to the position of the children and the economic adjustments on divorce but I cannot endorse their recommendations regarding the conditions under which divorce should be obtained.

One cannot end a marriage in the same way as a mere contract. Marriage is the very basis of society. There is a public interest in the perpetuation and reinforcement of the institution of marriage.

If a spouse can obtain a divorce on a simple motion, merely because he does not want to be married anymore, arriage then loses all its significance. People will no longer enter marriage being convinced that it is for life and that it is the best way to secure their own fulfilment and that of their children to be born. It would only be a phase. A society wishing to survive and produce emotionally sound children cannot afford its citizens to have such a conception of marriage.

Furthermore, and statistical data seem to prove it, any broadening of divorce laws means a considerable increase in the number of divorces. The American states that have more liberal divorce laws have a far greater proportion of divorcees and separated people than the states having more severe laws.

For these reasons, I cannot subscribe for the moment to the broadening of divorce laws and in particular to unilateral divorce on a simple motion.

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 13

le divorce

1975

© Droits de la Couronne réservés
En vente chez Information Canada à Ottawa, K1A 0S9
et dans les librairies d'Information Canada:

HALIFAX
1683, rue Barrington

MONTRÉAL
640 ouest, rue Ste-Catherine

OTTAWA
171, rue Slater

TORONTO
221, rue Yonge

WINNIPEG
393, avenue Portage

VANCOUVER
800, rue Granville

ou chez votre libraire.

Prix: Canada: $2.00
Autres Pays: $2.40

N° de catalogue J 32-1/13-1975

Prix sujet à changement sans avis préalable

Information Canada
Ottawa, 1975

Avis

Ce *document de travail* présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. L'opinion finale de cette dernière sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au Ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

La Commission

L'honorable E. Patrick Hartt, président

L'honorable Antonio Lamer, vice-président

D^r^ J. W. Mohr, commissaire à plein temps

D^r^ G. V. La Forest, c.r., commissaire à plein temps

M^e^ Claire Barrette-Joncas, c.r., commissaire à temps partiel

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Phil., LL.B.

Attachés de recherche

Julien D. Payne, LL.B., directeur

François Chrétien, B.A., LL.L.

Edith Deleury, LL.L., D.E.S., professeur

Denyse Fortin, LL.L.

Roger Garneau, B.A., LL.L.

Richard Gosse, c.r., B.A., LL.B., D.Phil., professeur

Herman Hahlo, LL.D., professeur

Barbara Hough, B.A., LL.B.

Saul Levine, M.D., F.R.C.P. (c), docteur

Monique Ouellette-Lauzon, LL.L., D.E.S, professeur

Quentin Rae-Grant, M.D., F.R.C.P. (c), docteur

Hugh W. Silverman, c.r., LL.M., professeur

Son Honneur David M. Steinberg, Juge provincial,
Division de la Famille, Hamilton

Table des matières

PAGE

Avant-propos 1

Introduction 3

Les régimes de divorce et leur orientation 9

La position du Canada à l'heure actuelle 13

- Les empêchements et les motifs de divorce: dispositions pertinentes de la loi 13
- L'interprétation judiciaire des motifs prévus par la loi 16
- Questions connexes 20
- Le processus de divorce à l'heure actuelle 21
- Conciliation et consultation 25
- Divorce et rupture du mariage 26
- Statistiques 29

Propositions portant réforme du divorce 31

- Conditions d'obtention du divorce 31
- Recommandations pour un nouveau processus de divorce 33

Les enfants et le nouveau processus de divorce 41

1. Les devoirs du tribunal 42
2. Les techniques de règlement des conflits 43
   (i) Consultation 44

PAGE

(ii) Enquêtes 44
(iii) Témoignages d'experts 46
(iv) Procédures préalables au procès et litiges postérieurs à l'obtention du divorce 47

3. Critères pertinents fixés par la loi 47

4. Le droit d'être entendu 51

(i) Le droit d'être représenté par un avocat 51
(ii) Les opinions des enfants 52

Aménagements financiers lors du divorce 55

Les implications financières de la rupture du mariage et du divorce 55

Critères actuels et futurs 57

Modification et fin des obligations de soutien 59

Le soutien des enfants 61

La disposition des biens 62

Refus de divorce 66

Procédures 66

Conciliation et consultation 67

Enquête 68

Exécution 69

Conclusion 71

Dissentiments d'opinion de Claire Barrette-Joncas, c.r., Commissaire à temps partiel 73

Avant-propos

Les commissaires sont tous du même avis quant aux positions prises dans ce document de travail à l'exception de celles qui sont relatives à l'obtention du divorce. Étant donné la nature délicate du sujet, la Commission a éprouvé beaucoup de difficultés à obtenir un consensus. Ce document expose donc l'opinion majoritaire de la Commission à l'heure actuelle.

Un commissaire a opté pour le régime, tel qu'il existe aujourd'hui, de divorce fondé sur la notion de faute. Ce commissaire croit qu'une telle optique tend à décourager les divorces inutiles. L'opinion de ce commissaire apparaît sous le titre «Dissentiment d'opinion» à la suite de ce document. Nous respectons tous cette opinion car, tel que nous l'avons cité à maintes occasions, nous croyons que le mariage est la plus importante institution de notre société. La loi et les politiques sociales doivent lui porter secours. Cependant, les autres commissaires sont persuadés qu'un régime de divorce fondé sur la notion de faute est inefficace pour maintenir la stabilité d'un mariage. Ils sont d'avis que les mécanismes juridiques d'obtention du divorce peuvent être plus utiles pour la sauvegarde d'un mariage viable, en mettant moins l'accent sur les motifs de divorce, ce qui tend à augmenter les disparités déjà existantes entre époux, que sur la conciliation de leurs différends, lorsque les circonstances s'y prêtent.

Toutefois, il y a divergence d'opinion entre les commissaires, à savoir jusqu'à quel point les procédures judiciaires peuvent aider à préserver le mariage quand l'un des époux demande le divorce. Un commissaire est d'avis que tout ce

que la loi peut à vrai dire faire, c'est de fournir une «période d'apaisement», à la discrétion du juge, et qui n'excéderait pas environ un an dans les cas où il pense qu'il y aurait possibilité de sauvegarder le mariage, et de faire connaître aux conjoints les services de conciliation et de consultation disponibles au tribunal et au sein de la communauté. En effet, nous sommes tous d'avis que ceci serait l'effet de notre proposition si de tels services n'étaient pas disponibles aux tribunaux. Un autre commissaire prône des exigences plus rigoureuses pour l'obtention d'un divorce. Ce commissaire est d'avis que le juge, quand les parties demandent le divorce, devrait être mis au courant des faits sur lesquels on se base pour prétendre à la non-viabilité du mariage. De plus, si le juge considère qu'il y a possibilité de réconciliation, il devrait avoir l'autorité d'exiger des époux qu'ils se rendent disponibles aux services de conciliation et de consultation pour une période de temps qu'il estime nécessaire. L'opinion majoritaire des membres de la Commission se situe, à l'heure actuelle, entre ces deux pôles.

En raison de la nature même des questions soulevées dans le document, la Commission compte sur les commentaires du grand public afin de lui venir en aide dans la rédaction de son rapport définitif en la matière, qu'elle doit déposer auprès du Ministre de la Justice. C'est pourquoi elle prie tous les intéressés de bien vouloir lui faire connaître leurs opinions.

Introduction

Le mariage est juridiquement défini comme étant l'union légitime à vie d'un homme et d'une femme et ce, à l'exclusion de tous autres. L'attitude du grand public à cet égard ne semble pas avoir beaucoup changé, même si les «philosophes d'avant-garde» mettent au défi la validité culturelle de cette définition en prônant les mariages à l'essai, les mariages libres, les mariages à contrat avec clause de reconduction et les mariages en groupe. La grande majorité des adultes canadiens se marient et ont l'intention que leur mariage dure toute leur vie.

Malheureusement, leurs désirs et leurs espérances d'une union durable sont parfois déçus, car beaucoup de mariages subissent des échecs. C'est alors que se posent de sérieux problèmes.

La désintégration d'un mariage est une expérience douloureuse qui donne souvent lieu à l'angoisse. Les problèmes financiers s'ajoutent aux traumatismes psychologiques occasionnés par la rupture du mariage, car il y a rarement assez d'argent pour faire vivre deux ménages. En général, les deux époux doivent modifier de façon importante leur niveau et mode de vie.

Outre les difficultés financières et psychologiques, il y a le problème des enfants. Les liens du mariage peuvent être rompus, mais non ceux qui unissent parents et enfants. De façon pratique, des dispositions doivent être prises pour assurer l'entretien et l'éducation des enfants. Que fait la loi face à ces

problèmes? L'approche traditionnelle impose des restrictions au divorce afin d'étayer la stabilité du mariage. La perpétration d'un délit matrimonial, dans beaucoup de régimes de divorce, constitue le prérequis d'une intervention. Un tel régime suppose qu'un époux est innocent, que l'autre est coupable, et que le mariage ne peut être dissous qu'à la demande de la partie innocente. La procédure contradictoire, ajoutée à des motifs de divorce fondés sur la notion de faute, rend les époux adversaires tout en ignorant pratiquement les intérêts des enfants.

Le vingtième siècle a été le terrain d'empiétements importants quant au concept des délits matrimoniaux. De nos jours, on accepte plus facilement la rupture irrémédiable du mariage pour donner droit à un divorce. Cependant, le caractère contradictoire de la procédure de divorce n'a pas tellement changé nonobstant les sévères critiques faites par les juges, avocats, travailleurs sociaux, psychologues, psychiatres et aussi par le grand public. On a maintenant atteint le point où les motifs de divorce fondés sur la notion de faute et les procédures contradictoires sont sérieusement mis en doute. Beaucoup de gens croient que l'actuel régime de divorce au Canada constitue une procédure juridique inhumaine provoquant l'antagonisme des époux et aggravant les conflits et les tensions qui surgissent inévitablement lorsqu'un mariage est rompu. Ce régime donne lieu à des accusations et contre-accusations récriminatoires et il encourage les litiges prolongés ou les règlements à rabais lorsque l'on préfère obtenir un divorce expéditif. De plus, les enfants sont trop souvent le fer de lance des parents lors des conflits conjugaux.

De quelle façon doit-on résoudre les dilemmes créés par le régime actuel de divorce au Canada? A ce stade, il est impossible de détailler nos propositions et recommandations, mais il serait approprié d'exprimer quelques-unes de nos conclusions de base.

D'abord et avant tout, nous estimons que ce sont les mauvais mariages qui détruisent les familles, et non le divorce. La croyance populaire voulant que les lois libérales en matière de divorce soient la cause de l'irresponsabilité matrimoniale et

de la dissolution du mariage doit être contestée. Nous estimons que le nombre de personnes qui se marient à la légère ou qui divorcent sans raison ne constitue qu'une minime fraction de notre population. Nonobstant le caractère pénible du régime et des procédures judiciaires qu'il entraîne, le divorce n'est pas la solution toute faite qu'envisagent les époux lorsqu'ils font face à un désaccord conjugal. Le divorce peut cependant fournir une réponse valable aux conflits matrimoniaux. Il ne faut surtout pas assimiler le divorce à une notion préjudiciable à l'institution du mariage, car beaucoup de divorcés réussissent leur deuxième mariage. Le divorce peut donc fournir l'occasion aux ex-époux et à leurs enfants de créer de nouveaux foyers ainsi que l'occasion de fonder une cellule familiale nouvelle et viable.

On doit aussi se rendre compte que des restrictions au divorce pourraient diminuer le taux de divorces, mais elles n'empêcheraient pas de beaucoup les ruptures de mariage. Si la société est vraiment intéressée à préserver les mariages viables et à freiner les ruptures de mariage, elle doit adopter des méthodes d'approche qui fournissent une réponse des plus positives aux conflits matrimoniaux. La société doit voir le divorce comme étant la conséquence et non la cause de la rupture de la vie commune. Elle doit aussi faire le diagnostic de la situation et guérir les facteurs réels qui mènent à la désintégration du mariage. Le remède à la rupture du mariage ne réside pas dans nos lois sur le divorce, mais plutôt dans les services d'éducation familiale, de conciliation et de consultation. Des programmes de bien-être social qui reflètent une politique familiale rationnelle et encouragent l'unité familiale doivent aussi être mis sur pied afin de faire face aux facteurs extrinsèques tels la pauvreté, le chômage, la maladie et l'habitation inadéquate, facteurs pouvant exercer des pressions indues sur la cellule familiale ainsi que sur la stabilité du mariage.

Cependant, il ne faut pas s'attendre à ce que les programmes de bien-être social et les services de conciliation et de consultation éliminent les divorces et les ruptures de mariage. Le régime et la procédure de divorce doivent être reformulés

afin de promouvoir une équité maximale et une humiliation minimale lors de la dissolution judiciaire du mariage. On doit s'assurer que les services de conciliation et de consultation soient au moins mis à la portée des époux qui envisagent le divorce. De plus, on doit assurer une distribution raisonnable des biens accumulés au cours du mariage par les époux en instance de divorce et un ajustement équitable de leurs droits et obligations de soutien.

Il importe encore plus d'assurer le bien-être des enfants. Il ne faudrait plus que leurs intérêts soient troqués contre ceux de leurs parents. Ces besoins minimaux nécessitent la création de nouvelles lois, techniques et procédures afin de résoudre les conflits matrimoniaux. Il importe de métamorphoser en profondeur le caractère contradictoire de l'instance de divorce. Il ne faut cependant pas croire à l'élimination complète des procès contentieux, mais les procédures de divorce ne devraient pas se caractériser principalement par leur aspect de conflit. Il y a un besoin urgent de procédures flexibles, informelles et investigatrices, devant viser à une solution constructive ou à un ajustement de la situation familiale prise dans son ensemble. On doit imaginer des techniques pour encourager les époux en conflit à avoir recours le plus tôt possible aux services de conciliation et de consultation. Le tribunal doit avoir le pouvoir, lorsque les époux ne peuvent régler leurs différends à l'amiable, d'exiger une enquête indépendante, et il ne devrait pas être forcé de résoudre les problèmes, comme il le fait présentement, sur la seule base de la preuve partisane des époux. Avant tout, le bien-être des enfants de parents divorcés doit être garanti par des dispositions convenables assurant leur éducation, leur garde et leur entretien.

Nos propositions touchant au droit au divorce rejettent l'approche traditionnelle, laquelle centre toute réforme sur les motifs de divorce. Nous envisageons le divorce comme un processus visant à répondre aux besoins spécifiques d'une famille donnée. Il y a des différences fondamentales entre les conditions que doivent remplir les couples qui ont des enfants et ceux qui n'en ont pas. Les procédures de divorce peuvent aussi varier selon qu'un seul ou les deux époux désirent obtenir

le divorce. Une grande partie de ce document de travail se consacre à l'étude de nouvelles techniques et procédures afin de promouvoir la réconciliation, et lorsque celle-ci s'avère impraticable, à la conciliation des conflits entre époux survenant lors de la rupture du mariage ou d'un divorce. La Commission insiste particulièrement sur la nécessité de protéger les intérêts des enfants.

Nos propositions relatives au divorce pourraient être avantageusement mises en pratique si elles s'inscrivaient dans le cadre d'un tribunal de la famille à juridiction intégrale. Selon nous, l'implantation des propositions mises de l'avant dans ce document de travail et dans le document de travail sur le *Tribunal de la famille* pourrait éliminer la plupart sinon tous les défauts inhérents à notre processus actuel de divorce fondé sur la faute et comportant une procédure contradictoire.

Les régimes de divorce et leur orientation

Avant l'établissement du mariage comme institution religieuse en Occident, on considérait le mariage et le divorce comme faisant partie de la vie intime des gens. Le divorce pouvait s'obtenir par consentement ou même par demande unilatérale. La doctrine et l'influence religieuse a fait naître la notion de l'indissolubilité du mariage, mais la Réforme a rétabli le droit au divorce en cas d'adultère ou d'abandon.

De nos jours, la cruauté conjugale est devenue l'un des délits constituant un motif de divorce. La rupture du mariage, définie de différentes façons a aussi été introduite comme motif de divorce. Aujourd'hui, il y a plusieurs genres de régimes de divorce. Quelques-uns permettent le divorce s'il y a perpétration d'un délit matrimonial, d'autres le permettent s'il y a preuve de rupture du mariage, et d'autres encores groupent les motifs fondés sur la notion de faute et la rupture du mariage.

Certains états, dans l'espoir d'empêcher les divorces impétueux, ont introduit des périodes d'attente pour accorder aux conjoints en conflit le temps de réfléchir à leur situation. D'autres ont créé des procédures de consultation pour promouvoir la réconciliation, et lorsque c'est impossible, engendrer la conciliation des différends entre époux en instance de divorce tout en tenant compte des enfants ou des biens et du soutien. Ces procédures ont pour but d'encourager le règlement à l'amiable des problèmes et d'éviter l'expérience traumatisante des procédures judiciaires de type contradictoire.

Le vingtième siècle a vu se développer une tendance généralisée à adopter la rupture du mariage comme motif de divorce. On a pu le remarquer dans des pays tels l'Angleterre, l'Australie, le Danemark, les Pays-Bas, la Norvège, la Suisse, les États-Unis et l'U.R.S.S. Aucune définition n'a cependant été faite ou fixée par la Loi pour expliciter la «rupture du mariage».

La législation de certains pays ne fait qu'indiquer que la rupture du mariage suppose l'absence d'une relation conjugale viable. Par exemple, la Californie possède des lois permettant le divorce pour le motif de «différends irréconciliables qui ont causé la rupture définitive du mariage». Les dispositions pertinentes prévues par la loi définissent les «différends irréconciliables» comme «les motifs déterminés par le tribunal comme étant des raisons suffisantes pour que le mariage ne puisse se poursuivre et qui rendent évident le fait que le mariage devrait être dissous».

D'autres pays refusent de donner une signification générale au concept légal de «rupture du mariage». Ils désignent certains faits desquels l'on pourrait inférer la rupture du mariage. Au Canada, l'article 4 de la *Loi sur le divorce* de 1968 exige la preuve des faits suivants: l'emprisonnement du défendeur pour une durée déterminée; la toxicomanie ou l'alcoolisme pour pas moins de trois ans; l'abandon du foyer conjugal pour une période d'au moins trois ans; la non-consommation du mariage pendant un an pour cause d'impuissance ou de refus de consommer et la séparation de fait de trois ou cinq ans, selon que le requérant est ou non coupable d'abandon. En Angleterre, on ne prononcera pas le divorce sur le motif de la rupture du mariage à moins qu'il y ait preuve d'adultère, d'inconduite rendant la cohabitation impossible, d'abandon pour une durée de deux ans, ou une séparation de deux ans lorsque le défendeur consent à l'ordonnance, et cinq ans s'il la refuse. En Australie, la rupture du mariage nécessite la preuve de certains événements spécifiques définis par le *Family Law Bill* de 1974, prévoyant que l'unique motif de divorce doit être la rupture prouvée du mariage par le fait que les parties ont vécu séparées pendant

douze mois, et que la reprise de la vie commune soit fort improbable. Cette loi prévoit aussi que les époux peuvent être tenus pour vivre séparés même si la séparation est la conséquence de la conduite de l'un des époux et même s'ils continuent à vivre sous le même toit. Une optique semblable a été prônée dans *The Uniform Marriage and Divorce Act*, proposé par *The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* des États-Unis. On a recommandé que le tribunal reconnaisse la rupture définitive du mariage s'il y a preuve que les parties ont vécu séparément pour une période de plus de 180 jours précédant l'institution des procédures de divorce, ou s'il y a un sérieux conflit matrimonial affectant l'attitude de l'une ou des deux parties envers le mariage. En France, un projet de loi a été présenté retenant le divorce fondé sur la notion de faute, mais qui permet aussi le divorce fondé sur le consentement ou sur la preuve de la «rupture de la vie commune». De plus, si la rupture de la vie commune est contestée, certains faits précis tels la séparation pour une période de six ans constituent une preuve de la rupture du mariage.

Avant de retenir la notion de «rupture du mariage» comme motif de divorce, une question préalable s'impose: la «rupture du mariage» peut-elle être déterminée par le jugement d'un tribunal?

Certains sont d'avis que les époux sont les mieux qualifiés pour savoir s'il y a rupture définitive de leur mariage. Ils soutiennent que les gens se marient par consentement mutuel et que le mariage ne peut être préservé que si les époux désirent avoir une relation significative. Il est superflu et irréaliste, suivant cette philosophie, de définir la rupture du mariage en se référant à une liste de circonstances prévues par la loi. D'autres croient que cela institue le divorce sur demande et donne libre cours aux philosophies hédonistes. Cela encourage la possibilité de divorces inutiles et prématurés. En outre, il est alors impossible à leur avis pour l'État d'exercer un contrôle sur la stabilité du mariage par l'intermédiaire des tribunaux. Cette réaction porte à se demander si les tribunaux peuvent vraiment avoir une influence sur la stabilité du mariage par

l'intermédiaire des règles relatives au divorce. Selon le processus actuel, il apparaît évident que le refus du divorce n'aboutira pas souvent à la réconciliation. Qui plus est, il y a un manque notoire de mesures pour encourager la réconciliation ou la conciliation des conflits entre époux en instance de divorce.

En 1973, la Suède a adopté une loi fondée sur la croyance que les époux sont les plus aptes à juger de la viabilité de leur mariage. Cette loi a établi un système de divorce immédiat. L'époux désirant le divorce n'est pas tenu de fournir les motifs ou les raisons de sa décision. Le seul désir de rompre le lien matrimonial importe. Le divorce immédiat ne souffre qu'une exception. Si l'un des époux s'y oppose ou si l'un ou les deux ont la charge d'un ou de plusieurs enfants de moins de 16 ans, il y a une période de «réflexion» de six mois. Au terme de cette période, le divorce est automatiquement disponible à la requête de l'un ou l'autre des époux.

La position du Canada à l'heure actuelle

Les empêchements et les motifs de divorce: dispositions pertinentes de la loi

L'adultère était à toutes fins pratiques, avant 1968, le seul motif de divorce dans la plupart des provinces canadiennes. En 1966, la question de la réforme du divorce a été portée devant un Comité conjoint «ad hoc» du Sénat et de la Chambre des communes. Son rapport sur le divorce a été présenté au Parlement en juin 1967, et il a présidé à l'adoption de la *Loi sur le divorce* de 1968. Cette loi fédérale, qui constitue un code de divorce s'appliquant à travers le Canada, dicte les circonstances en vertu desquelles les personnes peuvent obtenir un divorce. Elle définit surtout les motifs de divorce et les défenses qui peuvent être soulevées comme empêchement au divorce. Certains motifs sont fondés sur la faute ou l'inconduite, tandis que d'autres sont fondés sur la rupture du mariage.

L'article 3 prévoit que les délits matrimoniaux suivants sont des motifs de divorce:

(a) l'adultère;

(b) la sodomie, la bestialité, le viol, ou un acte d'homosexualité;

(c) passer par une formalité de mariage avec une autre personne;

(d) cruauté physique ou mentale qui rend intolérable la continuation de la cohabitation des époux.

L'orientation, fondée sur la faute, de l'article 3 de la *Loi sur le divorce* a été quelque peu modifiée par des décisions judiciaires à l'effet qu'il n'est pas toujours nécessaire de prouver qu'un époux accusé d'un délit matrimonial l'ait fait avec intention de faute ou de malveillance. Par exemple, si la cruauté du mari rend la vie conjugale impossible à sa femme, il se peut qu'il soit hors de cause de savoir s'il l'a fait pour terminer son mariage. Le tribunal constate l'effet qu'a eu sa conduite sur sa femme plutôt que d'examiner son propre état d'esprit.

Outre les motifs fondés sur la faute de l'article 3, il y a d'autres motifs, précisés à l'article 4 de la loi, qui sont fondés sur la rupture du mariage. Cet article prévoit que s'il y a séparation de fait, une requête de divorce peut s'appuyer sur le motif qu'il y a eu rupture définitive du mariage en raison d'une ou plusieurs des circonstances suivantes:

(a) l'emprisonnement de l'intimé pour un certain nombre d'années;

(b) toxicomanie ou alcoolisme pour une période d'au moins trois ans;

(c) la disparition de l'intimé pour une période d'au moins trois ans;

(d) la non-consommation du mariage pour une période d'au moins un an en raison de maladie ou d'invalidité de l'intimé ou de son refus de consommer le mariage;

(e) la séparation de fait pour une période de

(i) trois ans, si la séparation des époux est survenue pour quelque raison autre que celle de l'abandon de l'intimé par le requérant;

(ii) cinq ans, si la séparation est survenue du fait de l'abandon de l'intimé par le requérant.

Un examen de ces motifs indique que la faute est pertinente aussi à l'article 4. Il y a des éléments de faute lorsque l'intimé est condamné à l'emprisonnement à perpétuité, et lorsque l'inconduite peut être déduite de son penchant abusif

à l'alcool ou aux stupéfiants. La disparition d'un conjoint pour une période de trois ans peut ou ne peut impliquer la faute, selon qu'elle fut volontaire ou involontaire. De plus, le refus d'un époux de consommer le mariage, par opposition à l'impuissance à le consommer, implique la notion de faute. L'élément fautè se retrouve aussi dans l'article 4(1)(*e*). L'époux qui abandonne doit attendre cinq ans avant d'engager des poursuites, tandis que l'époux abandonné peut demander le divorce après trois ans.

Si la rupture du mariage sans égard à la faute était le critère déterminant sous le régime de l'article 4, il s'en suivrait logiquement que le divorce serait disponible à la requête de chacun des époux. Cependant, il n'en est pas ainsi. Une requête en divorce ne peut être formulée que par l'homme ou la femme dont le conjoint a contrevenu au critère prévu par la loi. A l'exception de la requête basée sur le motif de séparation de fait, la notion de faute conditionne tous les motifs de divorce, soit sous le régime de l'article 3, soit sous celui de l'article 4.

La preuve d'un des motifs de divorce n'accorde pas nécessairement au requérant le droit à un jugement favorable. Certains empêchements sont prévus par la Loi pour l'obtention d'un divorce, tels que stipulés à l'article 9 de la *Loi sur le divorce*.

La collusion s'applique à tous les motifs. On peut la définir comme étant un accord ou un complot aux fins de déjouer l'administration de la justice, ou tout accord en vue de fabriquer ou supprimer des éléments de preuve afin de tromper le tribunal. S'il y a collusion, le tribunal doit rejeter la requête en divorce.

Le pardon et la connivence font obstacle au divorce lorsque la requête est fondée sur l'article 3. Le pardon a lieu quand les conjoints reprennent la cohabitation avec connaissance des délits passés et ont l'intention de se réconcilier. Incidemment, on peut mentionner qu'un intervalle de quatre-vingt-dix jours est accordé aux époux pendant lequel ils peuvent reprendre la cohabitation afin de parvenir à une réconciliation. Une telle

reprise de la cohabitation n'équivaut pas au pardon et n'empêche pas qu'il y ait séparation aux termes de l'article 4 de la *Loi sur le divorce*. La connivence existe quand l'un des époux a encouragé la perpétration d'un délit matrimonial retenu dans la requête de divorce. Le pardon et la connivence sont des obstacles discrétionnaires et le tribunal peut accorder le divorce, nonobstant ces empêchements, s'il estime qu'il serait dans l'intérêt public d'accorder le divorce.

Les obstacles suivants s'appliquent aux requêtes fondées sur l'article 4. Le tribunal doit refuser le divorce en vertu de l'article s'il y a un espoir raisonnable de cohabitation ou de reprise de la cohabitation dans un délai raisonnablement prévisible. Le tribunal doit aussi rejeter la requête lorsqu'il y a des enfants du mariage et que le jugement demandé serait préjudiciable à la conclusion d'accords raisonnables pour leur entretien. Finalement, lors d'une requête fondée sur l'article 4(1)(*e*)—séparation de fait pour une période de trois ou cinq ans—le tribunal doit refuser l'octroi du divorce lorsque ce dernier serait trop dur ou injuste pour l'un des conjoints, ou serait préjudiciable à la conclusion d'accords raisonnables pour l'entretien de l'un d'entre eux.

L'interprétation judiciaire des motifs prévus par la loi

La compréhension des lois sur le divorce au Canada requiert un examen non seulement des dispositions fixées par la loi, mais aussi des décisions judiciaires quant à leur interprétation et à leur application. On serait porté à croire qu'il y aurait uniformité totale lorsque les tribunaux déterminent quels faits particuliers justifient le prononcé d'un divorce. Cependant, il n'en est pas ainsi. Il y a deux raisons qui expliquent cette incohérence.

Premièrement, l'obtention du divorce dépend de la satisfaction du juge à savoir si les motifs allégués sont établis. Certains juges sont prêts à agir avec un minimum de preuves alors que d'autres exigent un fardeau de preuve très lourd.

Quand la cruauté est le motif invoqué en vue d'obtenir un divorce, on retrouve un méli-mélo d'opinions et de dispositions judiciaires divergeantes. Il n'y a aucun critère objectif prévu par la loi et les causes révèlent une variété importante de critères judiciaires personnels. L'occasion de cette divergence est démontrée par une décision qui fait jurisprudence et où il est dit que:

> la détermination de la cruauté dans une cause donnée doit en dernière analyse dépendre des circonstances de cette seule cause, en tenant compte de la condition physique et mentale des parties, et de leur conception du mariage.

Ce principe a été confirmé dans un nombre considérable de jugements touchant à la cruauté entre époux. Il confère au juge une discrétion virtuellement sans bornes d'accorder ou non le divorce selon les faits particuliers allégués.

Une deuxième raison de la grande variété des attitudes judiciaires est l'ambiguïté et l'incertitude du libellé de la loi actuelle. Il en résulte des interprétations contradictoires émises par des juges différents sur les mêmes dispositions. Par exemple, il y a des décisions judiciaires discordantes à savoir s'il y a pardon lorsque les époux reprennent la cohabitation dans un effort de réconciliation. De même, les opinions judiciaires diffèrent à savoir si le fait d'avoir, à l'occasion, des relations sexuelles constituait un pardon. Les problèmes juridiques que causaient les défenses de collusion et de connivence avant l'adoption de la *Loi sur le divorce* demeurent sans solution. Ainsi, savoir si certains accords entre époux équivalent à une collusion est souvent l'objet de spéculation. De plus, les opinions peuvent diverger en ce qui concerne les circonstances justifiant l'opinion qu'il y a connivence. Il semble aussi y avoir quelque peu d'inconsistence dans l'exercice de la discrétion du tribunal à accorder un divorce en dépit du pardon ou de la connivence. Qui plus est, il y a eu des interprétations contradictoires de l'article 4(1)(*e*) de la *Loi sur le divorce*. Quoique la signification de l'expression «séparation de fait» peut sembler évidente, elle a mené à diverses opinions et décisions judiciaires. Par exemple certains tribunaux ont décidé que si un époux ou une épouse visite son conjoint qui souffre de maladie

incurable et qui doit demeurer de façon définitive dans une maison de santé, ces visites font obstacle à ce qu'il y ait séparation de fait; d'autres tribunaux ont rejeté cette conclusion. D'autres encore ont prétendu qu'une séparation de fait exige l'intention des époux de terminer la relation matrimoniale; certains ont aussi affirmé qu'il pouvait exister séparation si un des époux seulement avait l'intention de terminer la relation matrimoniale. Différentes opinions judiciaires ont aussi été exprimées quant à savoir si une période de séparation est interrompue ou terminée lorsque les époux ont une ou plusieurs relations sexuelles après cessation de la cohabitation, ou bien s'ils reprennent cohabitation à certaines occasions dans le but de tenter une réconciliation. Les opinions et les décisions judiciaires ont aussi divergé quant à savoir si le requérant avait abandonné le foyer familial, devant ainsi attendre cinq ans plutôt que trois ans avant d'instituer des procédures. La détermination du moment de la séparation de fait entre les époux constitue une autre difficulté. Aucun problème ne se pose lorsque les parties signent une convention de séparation par écrit immédiatement après la cessation de la cohabitation; mais, de sérieux problèmes peuvent surgir en l'absence d'une telle convention, surtout si les époux continuent à vivre sous le même toit.

Il serait injuste de blâmer les tribunaux pour leurs interprétations et décisions discordantes de la *Loi sur le divorce*. Le manque d'uniformité et de consistance, à défaut de critères précis et objectifs établis par la loi, est inévitable. Des critiques plus fondamentales que le manque d'objectivité et de précision peuvent être faites contre nos lois actuelles sur le divorce. Nous nous demandons sérieusement si elles reflètent les réalités et les besoins sociaux. On peut mieux illustrer leurs points faibles en se référant à des faits particuliers.

Au Manitoba, en 1969, une épouse a présenté une requête de divorce fondée sur le motif de la cruauté, lequel ne fut pas contesté. Les parties avaient été mariées pendant seize ans et n'avaient aucun enfant. La femme prétendait que son mari était «assez sévère» et que si elle ne se soumettait pas à ses demandes ou à ses désirs, il lui infligerait une «certaine

correction». Un jour, alors qu'il était furieux contre elle parce qu'elle s'était fait voler son portefeuille, il se jeta à genoux sur son estomac. A une autre occasion, il la frappa au nez. Le juge constata que la requérante était une «femme jolie, plaisante, qui semblait jouir d'une très bonne santé physique et mentale» et «que rien ne pouvait laisser supposer qu'elle était malheureuse ou lésée». Il a jugé que les preuves étaient insuffisantes pour prouver la cruauté rendant la cohabitation intolérable, et la requête fut rejetée. Le juge ajouta que l'incompatibilité entre ces époux ne faisait aucun doute et que c'était le genre de cas qui, après une séparation de trois ans, tomberait sous l'article 4(1)(*e*) de la *Loi sur le divorce*. Dans l'état actuel de la loi, le juge ne peut être accusé d'avoir rendu une décision erronée, même si un autre juge aurait pu en venir à une toute autre conclusion à partir des mêmes faits. On ne peut que se demander quelle sorte d'intérêts, ceux de l'État ou ceux des époux, peuvent être servis par le refus d'accorder le divorce à l'épouse. Les deux époux étaient d'âge mûr, la femme avait été malmenée et demandait le divorce, et son mari n'était pas intéressé à poursuivre la vie conjugale.

Le fait que la *Loi sur le divorce* ne puisse répondre à la réalité de la rupture du mariage peut aussi être démontré par une cause jugée par les tribunaux de l'Ontario en 1969. Dans cette affaire, le mari était un schizophrène amorphe incurable qui ne pourrait jamais retourner à une vie normale. Le tribunal a jugé qu'aussi longtemps que sa femme lui rendrait visite à l'hôpital, il ne pourrait y avoir séparation de fait. Le jugement concluait également que si elle cessait de lui rendre visite, elle se rendrait coupable d'abandon et qu'en conséquence, elle ne pourrait obtenir le divorce qu'au terme des cinq ans à partir du moment où elle aurait décidé de faire cesser la relation conjugale. On peut encore se demander quel intérêt public l'État peut faire valoir en refusant le divorce à cette épouse avant l'expiration d'une période de temps déterminée.

La dichotomie entre la *Loi sur le divorce* et la réalité sociale de la rupture du mariage est aussi démontrée dans plusieurs causes relatives à l'article 4(1)(*e*) de la *Loi sur le divorce*, lorsque les deux conjoints habitent sous le même toit.

Le consensus des opinions judiciaires est à l'effet que la séparation de fait peut exister même si le mari et la femme vivent sous le même toit, mais on ne peut arriver à cette conclusion que si les époux mènent des vies tout à fait indépendantes et qu'il n'y ait aucune communication entre eux. Les époux ne doivent ni manger, ni dormir ensemble, ni partager les responsabilités et les tâches du ménage. Cette attitude semble irréaliste lorsque la femme et le mari ont mis fin à leurs relations personnelles, mais demeurent sous le même toit pour le bien-être de leurs enfants. Quelle raison peut-il y avoir pour refuser le divorce s'il y a preuve incontestée de la rupture du mariage et que les époux ne peuvent plus demeurer sous le même toit? En vérité, l'unique rôle de la loi et des tribunaux, eu égard à ces circonstances, est de veiller à ce que des mesures adéquates soient prises pour protéger les intérêts des enfants lors de la dissolution du mariage.

Questions connexes

Dans une situation typique de divorce, des questions se posent quant au soutien entre époux, au partage des biens et à la conclusion d'accords pour le soutien, la garde, l'entretien et l'éducation des enfants. Habituellement, ces questions sont réglées par convention et le divorce lui-même n'est pas contesté. Le tribunal doit régler, en l'absence d'une telle convention, les questions litigieuses.

La *Loi sur le divorce* contient des critères spécifiques réglant l'octroi du soutien à un époux à charge et les ordonnances de soutien, de garde, d'entretien et d'éducation des enfants. Le partage des biens n'est pas directement réglementé par la *Loi sur le divorce*, mais il est assujetti aux lois provinciales. Les conflits touchant au partage des biens lors du divorce sont habituellement hors de la juridiction des tribunaux habilités à entendre la requête en divorce. Les règles de procédure, dans la plupart des provinces, exigent l'institution d'une action distincte.

L'article 11 de la *Loi sur le divorce* oblige le tribunal, pour déterminer le droit au soutien et le quantum, de tenir

compte de «la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles». Cet article confère une très grande discrétion au tribunal lorsque celui-ci décide des réclamations de soutien.

Les décisions judiciaires relatives à la garde des enfants lors d'un divorce énoncent clairement que la considération qui doit avant tout entrer en ligne de compte est le bien-être et les meilleurs intérêts des enfants. Ce critère n'est pas intégré à la *Loi sur le divorce*, mais il est le fruit des élaborations jurisprudentielles en la matière. L'on peut se demander, même si les tribunaux font couramment valoir ce critère, si les présentes procédures facilitent sa mise en œuvre. Dans la grande majorité des cas, les arrangements pour la garde ont déjà été réglés par accords entre les parents lors de la présentation de la requête en divorce, et il est pratiquement impossible aux tribunaux d'examiner à fond les arrangements conclus ou proposés. De plus, lorsqu'il y a conflit au sujet de la garde, le tribunal a rarement accès à une preuve indépendante ou à un témoignage d'expert en la matière. Il doit s'appuyer sur la preuve partisane fournie par les parents qui, très souvent, essaient de prouver l'inhabilité de l'autre en portant des accusations et des contre-accusations d'inconduite matrimoniale telles l'adultère, la cruauté ou l'abandon.

Nous proposerons plus tard dans ce document la mise en œuvre de nouvelles lignes de conduite, procédures et techniques visant à assurer le bien-être des enfants de parents en instance de divorce, et à assurer des règlements financiers équitables à l'occasion d'un divorce.

Le processus de divorce à l'heure actuelle

Pour parler en connaissance de cause de divorce au Canada, il faut non seulement connaître les motifs de divorce et ses empêchements, mais aussi les procédures qui s'y rattachent. La grande majorité des requêtes en divorce sont fondées sur l'adultère, la cruauté ou la séparation de fait pour une période de trois ans. L'époux requérant, lorsqu'un délit matri-

monial tel l'adultère ou la cruauté est allégué, accuse l'autre de faute ou d'inconduite dans leur vie conjugale. Si la requête n'est pas contestée et qu'elle est fondée sur la rupture du mariage par séparation de fait, le requérant prend alors une position neutre et n'accuse l'autre époux ni de faute ni d'inconduite.

Plus de 90 pour cent de toutes les causes de divorce ne sont pas contestées, même s'il est toujours possible pour un époux de contester le divorce. La contestation peut porter sur l'un ou plusieurs des éléments suivants: la requête de divorce elle-même, le soutien de l'époux ou des enfants à charge, ou encore les questions relatives à la garde et au droit de visite. Le processus de divorce n'est pas compliqué si les époux s'accordent sur des sujets tels le partage de leurs biens, le soutien entre époux, et le soutien, la garde, l'entretien et l'éducation des enfants. Des formulaires standards sont utilisés pour la préparation de la requête de divorce et des accords négociés et, même si le requérant est habituellement représenté par un avocat, l'audition par défaut d'une requête en divorce ne prend généralement que quelques minutes. Les honoraires des avocats, pour la préparation des documents pertinents et la présentation d'une requête en divorce non-contestée, varient habituellement de $400 à $1,000. Lorsque le requérant bénéficie des services de l'aide juridique, les honoraires sont beaucoup moins élevés.

Les mêmes procédures s'appliquent au divorce non-contesté et contesté. Cependant, en pratique, il n'y a pas de disputes entre les parties lors de procédures sans contestation et le tribunal n'entend que les représentations du requérant. Le tribunal ne perçoit généralement qu'une vue superficielle de la situation familiale, de l'histoire du ménage et de ses problèmes.

Lorsque la requête en divorce est contestée, de nombreuses procédures antérieures au jugement peuvent être utilisées. Ces procédures ainsi que le procès du divorce lui-même sont relativement compliqués et longs, et les honoraires des avocats ainsi que les frais de cour sont de beaucoup plus élevés que si le procès n'était pas contesté. Un divorce contesté coûte sou-

vent plusieurs milliers de dollars. Un mari peut, dans certaines circonstances, être tenu de payer non seulement ses frais, mais aussi ceux de sa femme.

D'ordinaire, lorsque le divorce est contesté, les deux époux assistent à l'audition et sont représentés par des avocats. Les enfants de parents en instance de divorce ne sont pas directement impliqués dans le procès, et en général ne sont pas représentés par des avocats distincts. Dans certaines provinces, un rapport relatif aux enfants, est soumis au tribunal par une agence spécialisée, que la cause soit contestée ou non. Dans d'autres provinces, le juge peut demander un rapport même s'il n'y est pas tenu par les lois ou règles provinciales. L'utilisation de rapports d'enquête est loin d'être uniforme dans les diverses provinces, ou à l'intérieur même d'une province, et leur qualité varie grandement.

Suivant le processus actuel de divorce, un époux peut donner libre cours à ses désirs de rancune en contestant le divorce, et en faisant une utilisation abusive des procédures et pratiques disponibles, il peut tourmenter son conjoint ou retarder la décision judiciaire finale. Ces ruses exacerbent les problèmes personnels auxquels font face les conjoints et elles peuvent résulter en des délais considérables et des frais accrus.

L'obtention du divorce ne met pas nécessairement fin aux conflits de longue date entre époux en instance de divorce. Une partie peut aussi par la suite faire appel au tribunal pour modifier les termes du jugement conditionnel quant au soutien, à la garde et à l'éducation des enfants. De plus, une partie peut faire appel contre le prononcé ou le refus de prononcer un jugement conditionnel malgré qu'il n'y ait pas appel d'un jugement irrévocable, lequel intervient habituellement quelque trois mois après le prononcé du jugement conditionnel.

Le processus actuel de divorce comprend des procédures contradictoires faisant des époux des adversaires. Beaucoup de gens en droit, en médecine, en sciences humaines et sociales estiment que les procédures judiciaires contradictoires sont inefficaces pour résoudre les conflits familiaux. On a besoin de procédures préventives, thérapeutiques et investigatrices.

Deux objections sont souvent avancées contre le système contradictoire: celui-ci empêche ou diminue l'occasion qu'ont les époux de concilier leurs différends par accord, et il fournit des renseignements insuffisants, et très souvent douteux, aux tribunaux pour qu'ils puissent décider judicieusement du litige qui leur est soumis. Une troisième objection touche les procédures contradictoires qui, surimposées aux motifs de divorce fondés sur la notion de faute, tendent à promouvoir la haine et l'acrimonie entre les parties. L'un des époux est souvent obligé d'alléguer l'inconduite de l'autre, ce qui engendre une intrigue dans des procédures non contestées et provoque une défense récriminatoire lorsqu'elles le sont. Les époux, transformés en combattants, font souvent du tribunal, à l'occasion d'un procès contesté, un champ de bataille, ce qui cause préjudice autant aux enfants qu'à leur propre bien-être financier et psychologique. Il n'est pas rare que les questions contestées de la garde soient débattues sur la base de la prétendue conduite immorale de l'un des époux plutôt que de sa capacité d'être un parent affectueux.

Malgré la mise en doute du processus contradictoire par les avocats, juges, psychiatres, psychologues et travailleurs sociaux, celui-ci trouve toujours ses adhérents ou ses champions. Beaucoup d'avocats affirment que la grande majorité des requêtes non-contestées constitue la preuve de l'efficacité des procédures contradictoires, et de l'habilité des avocats à négocier des accords quant au partage des biens des époux, leur soutien ainsi que la garde, l'éducation et l'entretien des enfants.

Quoique les critiques du processus contradictoire fondé sur la faute soient tempérées par le fait que la vaste majorité des divorces demeurent non-contestés, la procédure rituelle du procès par défaut engendre à juste titre sa condamnation, car elle est inappropriée et beaucoup trop chère. Cette procédure facilite le divorce par consentement en dépit des exigences fixées par la loi, et elle engendre des règlements léonins, rançon d'un divorce «expéditif» (par défaut, il va sans dire). La «litanie de pure forme» des divorces non-contestés au Canada est démontrée dans un texte faisant autorité qui réduit les questions en jeu à leur plus simple expression.

En résumé, l'actuelle procédure de divorce semble trop formelle, quelquefois enchevêtrée, et toujours coûteuse. Elle ne favorise pas une approche conciliatoire ou thérapeutique, mais, plutôt, cette procédure élimine très souvent la possibilité de préserver le mariage ou de régler des questions parallèles sur une base acceptable aux deux parties. Le rituel du divorce par défaut engendre l'hypocrisie et l'irrespect de la justice et de son administration. Une réforme importante de la loi, afin d'éliminer la notion de faute, et une réforme des procédures judiciaires et légales qui fourniront des solutions plus constructives aux problèmes de la rupture du mariage semblent s'imposer. Plus tard dans ce document nous ferons des recommandations précises à cet effet.

Conciliation et consultation

Des tentatives ont été faites, dans la *Loi sur le divorce* de 1968, pour remédier aux défauts inhérents à la notion de faute et au processus contradictoire. La rupture du mariage, en outre, a été introduite afin de suppléer aux autres motifs de divorce, et des amendements ont été ajoutés en ce qui a trait à la collusion, la connivence et le pardon.

Deux articles de la *Loi sur le divorce* ont pour but de fournir aux époux envisageant le divorce l'occasion d'examiner la possibilité de se réconcilier. L'article 7 impose le devoir à tout avocat représentant un requérant de renseigner ce dernier sur les services de consultation disponibles et de discuter de la possibilité de réconciliation. De plus, l'article 8 impose au juge l'obligation de vérifier s'il y a ou non possibilité de réconciliation avant d'accorder le divorce.

A l'expérience, on a pu constater que ces dispositions prévues par la loi n'ont pas atteint leur but de favoriser la réconciliation. Ce n'est pas surprenant car elles sont superposées à un système contradictoire de divorce fondé sur la faute, et on fait très peu pour fournir des services adéquats de consultation, soit au tribunal, soit dans la communauté afin de faciliter leur application. Il est évident que les services de consultation doivent être disponibles dès les premières mani-

festations du conflit conjugal, et on ne doit pas s'attendre à ce qu'ils préviennent la désintégration du mariage lorsque le conflit est tel qu'il justifie le recours au processus de divorce actuel. L'expertise de l'avocat et du juge ne réside pas dans les sciences du comportement ou les sciences sociales, mais dans le droit. Il ne faut pas s'attendre à ce que l'un ou l'autre remplisse le rôle que joue le conseiller familial ou matrimonial. Le conseiller judirique le plus consciencieux et nanti des meilleures intentions ne peut que conseiller au requérant d'aller chercher l'aide nécessaire auprès des services de consultation dans la communauté. Même ceci peut s'avérer difficile, car bien souvent cette démarche entre en conflit avec les demandes et les espérances du client. Il semble évident, en jetant un coup d'œil rétrospectif, qu'une application efficace des dispositions de réconciliation fixées par la loi exige le désamorçage des procédures contradictoires et la mise en place de services de consultation adéquats. On doit s'assurer que des politiques législatives, judiciaires et administratives soient adoptées afin d'étayer la stabilité du mariage en encourageant les personnes ayant des difficultés conjugales à aller chercher l'aide nécessaire le plus tôt possible. Les gouvernements ne doivent pas se satisfaire d'une loi qui ne sert simplement qu'à limiter ou faciliter le divorce. Des solutions plus constructives doivent être envisagées. Ainsi, des services de consultation en matière de famille et de mariage, doivent être disponibles au sein de la communauté ou à la cour, pour que des efforts plus efficaces puissent être faits afin de favoriser la réconciliation des époux; et lorsque ce n'est pas possible ni souhaitable, encourager le règlement équitable ou à l'amiable de tous les problèmes découlant du divorce.

Divorce et rupture du mariage

La rupture du mariage n'est pas synonyme de divorce. Il est cependant logique de conclure que s'il y a divorce il y a rupture du mariage, mais le contraire n'est pas nécessairement vrai. Nombreux sont les cas où la rupture du mariage n'a jamais été rendue officielle par un jugement de divorce. Le

régime de divorce au Canada, même si l'on y reconnaît officiellement la rupture du mariage, fait une distinction entre les motifs de divorce et les causes de rupture du mariage.

C'est probablement un truisme d'affirmer que la rupture du mariage est la conséquence de l'incompatibilité des époux. Cette incompatibilité peut se manifester soit dès le début ou soit pendant le mariage. Les conflits entre époux menant jusqu'à la rupture du mariage sont très souvent le résultat de l'évolution différente des époux et de leur inaptitude à s'adapter mutuellement aux réalités nouvelles. Il existe plusieurs causes et plusieurs formes de développement incompatibles avec la personnalité des époux. Par exemple, différentes évolutions peuvent impliquer la conversion à différentes croyances politiques ou religieuses, un avancement sur le plan économique ou professionnel qui peut s'avérer trop exigeant de l'autre époux; ou encore le développement intellectuel d'un des époux auquel l'autre ne peut s'adapter. Le système judiciaire ne peut résoudre ces problèmes. Traditionnellement, sa voie avait été l'imposition d'embûches au remarriage en refusant le divorce à l'époux «coupable». Il n'y a aucun doute que l'impossibilité d'un nouveau mariage a forcé, dans certains cas, les époux à faire des efforts pour établir une véritable relation conjugale. Cependant, des lois trop restrictives sur le divorce ont trop souvent mené à l'adultère, à la formation d'unions de fait à des divorces à l'extérieur du pays, ou à la disparition d'un conjoint qui ne laisse aucune trace. Des lois restrictives et punitives sur le divorce servent beaucoup plus à fomenter qu'à prévenir ces situations. Si on doit rechercher les solutions à la désintégration du mariage dû à l'incompatibilité des époux, il ne faut pas tant consacrer nos efforts sur la loi que dans une formation à la vie familiale et dans des services de conciliation et de consultation.

Même si le développement différent de la personnalité des époux est un facteur important qui contribue à la rupture du mariage, des facteurs extrinsèques peuvent aussi affecter défavorablement la stabilité du mariage et, partant, de la cellule familiale. Ces facteurs sont, par exemple, la pauvreté, le chômage, l'habitation inadéquate, le manque de services de

loisirs, le manque d'éducation ou la maladie. La mise en œuvre des services d'éducation à la vie familiale, de consultation matrimoniale et de conciliation n'élimineront pas le traumatisme psychique qu'occasionnent beaucoup de ces situations. On doit y remédier par des programmes de bien-être social reflétant une politique familiale rationnelle et favorisant l'unité familiale. Cependant, il faut se rendre compte que les mesures de bien-être social sont habituellement adoptées pour des raisons autres que celle de la mise en œuvre d'une politique familiale rationnelle. Trop souvent, leur impact sur la stabilité familiale, quoique réel, est négligé, voire inconnu. Des projets de recherche et d'expérimentation doivent être entrepris pour favoriser l'implantation de mesures de bien-être social qui visent à aider plutôt qu'à nuire à la stabilité du mariage et à la qualité de la vie familiale.

En plus des menaces à la sécurité et à la stabilité du mariage dont nous venons de parler, existe l'exigence culturelle pour chaque individu d'avoir une liberté de choix et la chance de parvenir à son épanouissement personnel.

S'il est vrai que la rupture du mariage est un phénomène beaucoup plus courant aujourd'hui qu'autrefois, la cause pourrait bien en être les changements de l'environnement culturel. Même si l'on peut introduire des politiques sociales pour alléger les traumatismes financiers contribuant à la discorde conjugale, et mettre en œuvre des services de consultation et d'éducation pour favoriser la communication et la compréhension entre époux, il est difficile, sinon impossible, d'effectuer des modifications fondamentales à l'environnement culturel. On peut le remarquer par le rôle nouveau que joue la femme mariée dans notre société. Le mouvement de libération de la femme depuis quelques années a centré l'attention sur le besoin pour la femme d'acquérir une indépendance économique et psychologique. Cependant, bien des femmes croient qu'il est difficile d'allier les aspirations de la vie professionnelle ou d'affaires à celles du mariage. En dépit de leur émancipation économique et psychologique, elles subissent de sévères pressions économiques et psychologiques. Elles luttent encore pour obtenir une indépendance économique dans la société,

mais les tensions émotives sont inévitables alors qu'elles font face, d'une part, aux exigences du mariage et de la famille et, d'autre part, aux exigences de la vie active dans le monde du travail. Ces tensions créent une pression sur le mariage fondé sur la notion de dépendance.

Examiner la fréquence des mariages rompus et la perspective du développement de mesures préventives et thérapeutiques pour étayer la stabilité du mariage et de la cellule familiale, nous fait prendre conscience de nos propres limites. Il n'y a pas de solution miracle; toutefois ce n'est pas une raison d'abdiquer. Il n'est plus acceptable que l'État impose à la société des lois restrictives sur le divorce fondé sur la notion de faute dans une vaine tentative visant à maintenir la stabilité du mariage et la qualité de la vie familiale.

On peut difficilement contredire la conclusion de la *Law Commission* qui affirme que le but d'une bonne loi sur le divorce est de favoriser la stabilité des mariages viables, et de mettre fin aux mariages qui sont irrémédiablement rompus, et cela en toute équité, sans acrimonie, gêne et humiliation. Selon nous, une loi sur le divorce fondée sur la faute est anachronique, irrealiste et dégradante.

Statistiques

Pour bien des gens, le divorce est une question alarmante. Les points de vue sont multiples et diffèrent grandement les uns des autres. Certains sont fondés sur de fausses notions quant à la fréquence actuelle des divorces. Les statistiques suivantes éclairciront peut-être ce sujet.

Les statistiques touchant les jugements de divorce pour la période de quatre ans, soit à compter du 1er janvier 1969 jusqu'au 31 décembre 1972, indiquent que, sur un total de 109,290 divorces, 43 pour cent ou 48,075 étaient fondés exclusivement sur des motifs de faute, 50.3 pour cent ou 54,960 étaient fondés sur le seul motif de la rupture du mariage, et 5.7 pour cent ou 6,255 étaient fondés sur des allégations de faute et de rupture du mariage. Les statistiques

indiquent en outre que l'adultère, la cruauté et la séparation de trois ans constituent les principaux motifs de divorce. Le motif de la séparation de cinq ans et le motif de la toxicomanie ou de l'alcoolisme sont en nombre limité, mais les divorces fondés sur les motifs tels la non-consommation du mariage, la disparition du conjoint pour une période de trois ans, la sodomie, la bestialité, le viol, l'homosexualité et l'emprisonnement sont très peu nombreux.

Les statistiques indiquent aussi un pourcentage élevé de divorces pour les mariages qui ont duré dix ans ou plus. Ces statistiques ne tendent pas à confirmer que des lois libérales sur le divorce encouragent le public à s'en prévaloir à la moindre provocation et au premier signe d'un conflit conjugal. De plus, les mariages sans enfant et les mariages où les enfants sont indépendants de leurs parents comptent pour environ cinquante pour cent des divorces. Ces statistiques semblent contredire l'opinion populaire qui veut que chaque divorce soit une menace à la santé émotive des enfants.

Propositions portant réforme du divorce

Conditions d'obtention du divorce

Traditionnellement, la réforme des lois sur le divorce était centrée sur la définition et la formulation des motifs de divorce. On sait depuis longtemps que les délits matrimoniaux, tel l'adultère, ont avant tout servi de prétextes pour l'obtention d'un divorce. Ils n'ont pas été la cause de la rupture du mariage, mais plutôt son résultat. La tendance a donc été d'accepter la rupture du mariage comme motif de divorce, mais ceci pose des problèmes, à savoir qui définit et par quoi se définit la rupture du mariage. La solution la plus souvent adoptée fut l'imposition d'une période de séparation. Nous sommes arrivés à la conclusion que ce ne sont pas les motifs de divorce qui importent le plus, mais les conditions qui doivent être remplies avant que le divorce ne soit accordé.

A l'examen de la tendance mondiale et de celle qui a cours au Canada, on a pu constater que le processus judiciaire et la législation quant au divorce sont quelque peu anachroniques. Au mieux, ils aident le règlement des questions contentieuses tels les biens, la garde et le soutien; au pis aller, ils engendrent eux-mêmes des conflits à travers un processus contradictoire. Comme on l'a déjà mentionné, la grande majorité des canadiens règlent certains de ces problèmes par accord avant de déposer une requête de divorce. Tout ce que les tribunaux ont à faire, dans la plupart des cas, c'est d'apposer leur sceau. En dépit de ce que dit la loi, c'est là notre régime

de divorce. Si c'est ce que l'on désire, tout ce que nous avons à faire est de simplifier le processus de divorce et de ne pas le rendre plus difficile que celui du mariage. On ne scrute pas les motifs qui poussent au mariage, pourquoi exige-t-on des motifs de divorce? La haine et l'indifférence ne peuvent pas faire l'objet de décisions judiciaires plus que l'amour. On n'exige aucune période d'attente pour le mariage, pourquoi devrait-on en exiger pour le divorce? La réponse est peut-être qu'il devrait y avoir une période d'attente dans les deux cas. Ceci porte à se demander jusqu'à quel point on devrait avoir recours à la loi pour promouvoir des politiques sociales. Devrait-on mener une enquête judiciaire sur chaque demande de mariage afin de vérifier s'il existe ou non la stabilité émotive et financière nécessaire au mariage et si le couple a ou non les dispositions pour élever des enfants? Serait-ce une saine politique sociale que de donner ce pouvoir de décision à l'État ou ce dernier devrait-il plutôt encourager les politiques sociales par l'entremise de services d'éducation ou de consultation familiale? Sur ce point, notre réponse est que les institutions chargées du développement des politiques familiales doivent jouer un rôle plus important. Il doit y avoir une plus grande compréhension de la nature et de la signification de la vie familiale, selon nos présentes conditions sociales actuelles, avant que l'on ne puisse recommander une intervention judiciaire accrue.

Cependant, il y a des différences importantes entre la façon dont la loi devrait traiter le mariage et le divorce. Lorsque les gens se marient, il n'y a habituellement ni enfants, ni bien communs, et aucune obligation sérieuse déjà existante. Il n'y a qu'espoirs et promesses. Les responsabilités s'accroissent pendant le mariage et particulièrement lorsque les enfants viennent au monde. Lorsque le mariage se désagrège, les espoirs et les promesses s'envolent, seules les obligations et les responsabilités demeurent. Ce changement se fait par étapes et ne se produit pas en une nuit. Au moment du divorce, du moins tel qu'il est conçu présentement, la rupture a habituellement franchi le point du non retour et le gros du dommage a été fait. En effet, les exigences légales actuelles contribuent au processus de désagrégation en mettant l'accent sur les

faiblesses plutôt que sur les qualités des conjoints, et en insistant sur des conditions telles les périodes de séparation, ce qui réduit d'autant les chances de réconciliation. Au moment de la séparation, période la plus traumatisante, le seul choix qui s'offre aux conjoints est soit un accord particulier telle la séparation par consentement mutuel, soit une poursuite judiciaire. Nous avons souligné ces problèmes et nous avons fait un bon nombre de recommandations dans notre document de travail intitulé *Le tribunal de la famille*. Aussi devons-nous maintenant expliquer de quelle façon le processus de divorce devrait fonctionner, c'est-à-dire non pas sur la base de motifs abstraits, mais plutôt sur les besoins et les problèmes réels.

Recommandations pour un nouveau processus de divorce

Le caractère fautif dont sont imprégnés les motifs de divorce au Canada est renforcé par un processus contradictoire suivant lequel le mari et la femme, ne pouvant résoudre leurs conflits à l'amiable, doivent débattre les questions litigieuses dans le cabinet de l'avocat ou devant le tribunal. Ce processus coûte du temps et de l'argent et ne réussit pas souvent à tirer au clair tous les faits pertinents. De plus, il provoque l'hostilité entre les époux et intensifie l'anxiété provoquée par la rupture du mariage. Trop souvent il aggrave les conflits entre époux, et la tendance à exploiter le système judiciaire contradictoire avant de faire tous les efforts possibles de conciliation ou d'accords à l'amiable est au détriment des enfants et des deux époux. On doit se rendre compte que le règlement des problèmes soulevés par le divorce exige la résolution non seulement des problèmes légaux, mais aussi des problèmes humains. Une optique purement contradictoire de la résolution du conflit familial n'est ni dans l'intérêt public, ni dans l'intérêt des parties en cause. Selon nous, les procédures de divorce doivent être complètement révisées. Au lieu d'être contentieuses, elles devraient être plus investigatrices et orientées vers la meilleure solution ou le meilleur aménagement de la situation familiale dans son ensemble.

Dans le cas exceptionnel d'un couple sans enfants et dont les parties n'ont aucune réclamation pécuniaire l'une envers l'autre, le divorce peut et devrait être une affaire simple, car la prolongation des relations devenues intolérables aux deux époux ne sert aucunement l'intérêt public. L'absence de conditions restrictives au mariage peut se comprendre de cette façon. Au moment du mariage, les conditions qui prévalent ne touchent pas l'ordre public. Il est souvent suggéré, à la lumière du nombre croissant des divorces, que les conditions du mariage soient révisées, mais les statistiques ne sont pas assez précises dans leurs prédictions pour justifier une intervention directe. Les mariages mûrissent et les différences ainsi que les liens se ressèrent ou deviennent irréconciliables. De plus, si les différences mènent à la friction et au tumulte constants, l'intérêt public sera mieux servi s'il y a divorce ou séparation. On ne peut cependant accorder le divorce sur demande par voie de processus administratif. Un processus judiciaire doit être conservé afin d'empêcher les divorces inutiles et prématurés. Les perspectives de réconciliation, même si elles sont fort improbables lorsqu'un divorce est demandé, ne doivent pas être entièrement négligées et les conjoints doivent au moins être mis au courant des services de consultation qui pourraient possiblement aider à leur réconciliation.

Dans la plupart des cas, le divorce entraîne des conséquences quant au partage des biens, quant aux obligations de soutien et quant à la conclusion d'accords au sujet des enfants. Plus loin dans ce document, nous proposerons certaines procédures qui aideront le règlement équitable et à l'amiable de ces questions. Les époux peuvent toutefois être en désaccord à savoir si leur mariage est bel et bien rompu. Dans ce cas, nous suggérons que le tribunal saisi de la requête en divorce soit en mesure d'utiliser des procédures investigatrices et conciliatoires pour éclaircir la situation. Même si la rupture du mariage justifie, selon nous, le divorce, nous rejetons l'approche traditionnelle imposant une période de séparation fixée par la loi comme preuve de la rupture du mariage.

Nous sommes contre l'exigence d'une période déterminée de séparation comme prérequis au divorce, pour les raisons

suivantes: la première et la plus importante est que la possibilité de réconciliation diminue lorsque les époux se séparent au lieu de continuer à vivre ensemble en dépit des conflits ou de l'hostilité ambiante. Quand il y a séparation, les époux mènent des vies indépendantes, ce qui va à l'encontre d'un renouement possible des liens conjugaux. Qui plus est, il serait trop dur pour les époux que les délits matrimoniaux soient abolis comme motifs de divorce et qu'une requête ne puisse être présentée à moins que les époux n'aient vécu séparés l'un de l'autre pendant longtemps. Par exemple, examinons un cas, figurant dans les rapports judiciaires, ayant trait à l'article 3(*d*) de la *Loi sur le divorce*, où la femme demandait le divorce pour motif de cruauté en affirmant que son mari avait tué leurs enfants. Il ne peut y avoir aucune justification, dans de telles circonstances, pour exiger de l'épouse qu'elle attende, voir même pendant un an, avant qu'elle puisse entreprendre des procédures de divorce. Quelle justification peut-il y avoir d'exiger une période de séparation lorsque les circonstances indiquent que les époux ne se réconcilieront jamais? Il se peut aussi qu'il soit impossible à l'époux à charge de mettre fin à la cohabitation afin de satisfaire à l'exigence de la séparation.

Que penser maintenant de la femme de cinquante ans qui a donné les meilleures années de sa vie à élever les enfants et à entretenir le foyer? Elle peut trouver difficile, s'il y a rupture définitive du mariage, de quitter le domicile conjugal, de se trouver un emploi, et d'attendre un an ou plus avant de demander le divorce. De plus, des questions litigieuses de droit et de faits surgissent lorsque la séparation est un prérequis au divorce, ce qui fournit l'occasion de litiges prolongés suivant une procédure contradictoire qui est défavorable aux intérêts des époux et de leurs enfants. La dernière de nos objections se situe au niveau du caractère arbitraire d'une telle période de séparation. La séparation des époux prouve souvent la rupture du mariage. Il ne peut y avoir pour les époux qui se séparent qu'une intensification de leurs tensions et anxiétés lorsqu'ils font face à la solitude d'une période de séparation imposée, n'étant ni mariés ni divorcés dans une société orientée vers la notion du couple.

Certains des problèmes engendrés par l'imposition d'une période déterminée de séparation pourraient être amoindris si un pouvoir discrétionnaire prévu par la loi était conféré au tribunal pour dispenser les parties de cette exigence dans certaines circonstances. Par exemple, le tribunal devrait avoir le pouvoir de dispenser de la période de séparation, si celle-ci s'avérait trop sévère pour les époux. Cette dispense serait aussi appropriée dans des procédures non-contestées. Selon nous, les problèmes surgissant de l'imposition d'une période déterminée de séparation ne seraient pas résolus si on accordait au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'y passer outre. Chaque cas appellerait une solution particulière et serait assujetti aux opinions personnelles d'un juge. Toute demande de dispense impliquerait l'institution de procédures afin d'obtenir la permission d'intenter des procédures de divorce sans attendre l'expiration de la période de séparation. Ceci augmenterait inévitablement les complications du processus de divorce et les frais.

On pourrait prétendre que la rupture du mariage devrait être établie de façon traditionnelle, c'est à dire en apportant la preuve des faits allégués au tribunal. Chaque époux devrait ainsi être libre de présenter des preuves relatives à l'état du mariage. Le juge pourrait décider, dans des procédures non-contestées, de se baser sur le témoignage incontesté du requérant et cela sans avoir à vérifier s'il y a vraiment rupture définitive du mariage. Dans les autres pays où l'incompatibilité constitue un motif de divorce, les juges ne déclarent pas nécessairement que les époux sont irréconciliables même si l'un d'entre eux persiste à affirmer l'aversion que lui inspire son mariage. Ce problème ne serait qu'aggravé lorsque le divorce est contesté du fait que les deux époux sont en désaccord quant à l'état de leur mariage. Un juge peut-il rendre une décision objective à savoir s'il y a, oui ou non, rupture définitive du mariage en s'appuyant sur les preuves contradictoires présentées par les époux? La rupture du mariage n'est sûrement pas une question qui puisse se débattre dans l'environnement traditionnel de nos tribunaux, et elle ne devrait pas l'être non plus. Toute tentative pour faire de la rupture définitive du mariage une question litigieuse qui doit être résolue

sur la base de preuves contradictoires des parties ne peut qu'engendrer le maintien des aspects destructifs du système contradictoire: accusations malveillantes, délais, harassement et règlements léonins.

Selon nous, lorsque les conjoints sont en désaccord quant à la rupture de leur mariage, le tribunal doit assumer la responsabilité de régler cette question. Cette responsabilité ne peut toutefois être assurée par l'actuel processus contradictoire. Nous proposons que le tribunal, lorsqu'un époux s'oppose au divorce, ait le pouvoir d'ajourner les procédures pendant un délai raisonnable afin de permettre des tentatives de réconciliation, ou d'exiger une enquête indépendante menée par une équipe de soutien compétente rattachée à la cour ou disponible dans la communauté. Tout officier de la cour, présidant à l'audience préalable au procès, devrait aussi avoir le même pouvoir d'ajournement des procédures. Ces pouvoirs devraient être clairement définis par des lois ou règles de procédures afin d'assurer l'uniformité de leur application et de prévenir tout exercice arbitraire de discrétion.

Des procédures préalables au procès doivent être élaborées pour que les questions contestées soient réduites à l'essentiel. Elles devraient dépasser leur frontières traditionnelles et comprendre des procédures investigatrices et de consultation pour faciliter les accords à l'amiable ou l'obtention de renseignements pertinents à la décision finale du tribunal. On devrait exiger que les époux aient recours aux procédures préalables au procès lorsqu'il y a discorde au sujet du divorce, des enfants, du soutien entre époux, ou du titre et de la possession de leurs biens.

Afin de minimiser les conflits ainsi que l'acrimonie et de promouvoir les règlements à l'amiable, nous recommandons qu'un système de plaidoyers neutres soit créé pour bannir les allégations accusatoires d'inconduite. De plus, lorsque les époux consentent au divorce, celui-ci devrait être accessible à la demande conjointe des époux. Cependant, lorsqu'un divorce est demandé, les époux devraient avoir l'occasion de réévaluer l'avenir de leur mariage ou, pour le moins, ils devaient être renseignés quant aux services de consultation

disponibles à la cour ou dans la communauté, afin de les aider à prendre une décision réfléchie.

Il y a un besoin pressant pour des procédures informelles, flexibles et investigatrices plutôt que contentieuses. On doit encourager les époux à recourir à la consultation. Le tribunal doit avoir le pouvoir d'ordonner une enquête indépendante suivie d'un rapport lorsque les époux ne peuvent régler leurs différends à l'amiable. Toutefois, les procédures informelles ne doivent pas miner la dignité et l'autorité du tribunal; l'insoumission aux exigences légales, procédurales ou ayant trait à la preuve, ne peut être endossée. De plus, ces procédures informelles ne doivent pas empiéter sur les droits fondamentaux et civils des parties en cause. Par exemple, elles devraient avoir le droit d'être représentées par avocat et devraient avoir accès aux enquêtes indépendantes et aux rapports soumis au tribunal. Les procédures orientées vers une réconciliation ou les accords à l'amiable conclus avec l'aide des services de consultation ne devraient pas dépendre du fait que des procédures formelles aient été entreprises, même s'il pourrait y avoir certains avantages à adopter les procédures de conciliation de plusieurs états américains où les parties peuvent faire une demande de conciliation. Des changements à la forme et aux méthodes de plaidoyers pour parvenir au degré voulu de flexibilité et éliminer ou réduire l'impact d'une fragmentation des compétences ainsi que les défauts des présentes procédures contradictoires actuelles seraient réalisés plus efficacement par l'utilisation obligatoire de formulaires standards. Ces changements permettraient en outre aux parties de se présenter en personne devant le tribunal dans des circonstances où la représentation par avocat est inutile ou difficile à obtenir. Quelques unes des difficultés actuelles seraient aussi atténuées par une disposition générale prévue par la loi ou par les règles de pratique conférant une discrétion complète au tribunal d'exiger un amendement aux plaidoyers ou la mise en cause d'une tierce partie lorsque jugé utile.

Nous proposons également que les audiences soient tenues dans l'intimité du cabinet du juge plutôt qu'en audience

publique, car le divorce exige quand même un certain degré d'intimité. Cependant, il ne faut pas confondre intimité et secret absolu. On doit maintenir un équilibre entre les droits de la famille et les droits du public d'avoir une connaissance suffisante des faits afin de vérifier la manière dont la justice est administrée. Nous croyons face à ce dilemme, que les audiences de divorce à huis clos mais sujettes à la discrétion du juge d'admettre les personnes de bonne foi ayant un intérêt véritable, soient la meilleure solution possible. Cependant, les membres de la presse et autres média d'information devraient pouvoir assister au déroulement des procédures de divorce et faire des reportages à condition que ceux-ci ne contiennent aucun détail qui puisse révéler l'identité des parties.

On devrait aussi songer à la nomination, pour les questions routinières, de Commissaires ou de Greffiers de divorce. L'énorme quantité de travail souvent imposée à nos juges serait ainsi allégée et, la nomination de ces fonctionnaires réduirait du même coup les frais imposés aux individus et à l'État.

Les enfants et le nouveau processus de divorce

Le processus de divorce doit protéger les intérêts des enfants. Ils ont trop souvent servi de fer de lance dans les conflits opposant mari et femme. De plus, ils en sont toujours les innocentes victimes.

Certains prétendent que les enfants devraient avoir leur mot à dire au sujet du divorce. Nous sommes cependant d'avis contraire. Nous croyons que c'est aux époux de décider s'il devrait y avoir divorce ou non. Toute implication directe de la part des enfants peut donner lieu à une confusion émotive et menacer leur bien-être psychologique. Bien que les époux doivent décider eux-mêmes s'il doit y avoir divorce, ils ne doivent pas avoir la responsabilité et le droit exclusifs de décider des questions touchant les enfants, lesquelles surgissent inévitablement lors d'un divorce. On ne doit pas permettre aux parents de sacrifier les droits des enfants à leur propre avantage.

Le bien-être des enfants de parents en instance de divorce doit être garanti par des accords convenables quant à leur garde, à leur entretien et à leur éducation. De plus, les enfants ont droit à un soutien financier convenable. Afin de pourvoir aux besoins fondamentaux des enfants et de leur assurer une protection adéquate dans le processus de divorce, nous recommandons que:

1. le tribunal ait le devoir, imposé par la loi, de refuser le divorce à moins qu'il ne soit convaincu que les

dispositions nécessaires aient été prises pour assurer le soutien, la garde, l'entretien et l'éducation des enfants;

2. des services de consultation appropriés soient disponibles pour aider parents et enfants à s'ajuster aux changements de circonstances et à élaborer des solutions satisfaisantes. Des services d'enquête et de diagnostic doivent aussi être disponibles pour aider le tribunal à rendre la décision appropriée;

3. les dispositions quant à la garde, l'entretien et l'éducation des enfants soient prises en ne tenant compte que de leur bien-être ou de leurs meilleurs intérêts;

4. les enfants aient le droit d'être entendus quant aux dispositions qui seront prises pour assurer leur garde, leur entretien et leur éducation.

1. *Les devoirs du tribunal*

Quoique de nombreux juges soient sensibles aux besoins des enfants, leurs intérêts sont souvent négligés au cours du procès en raison du grand nombre de requêtes et de l'insuffisance de procédures adéquates pour évaluer leurs meilleurs intérêts. Selon nous, une obligation légale doit être imposée au tribunal de refuser le divorce à moins qu'il ne soit convaincu que les dispositions nécessaires aient été prises pour assurer le soutien, la garde, l'entretien et l'éducation des enfants. Ce devoir doit être rempli lors de toute procédure de divorce même lorsqu'il n'y a aucun conflit. Le tribunal devrait être obligé d'exprimer ouvertement si les dispositions prises relativement aux enfants sont satisfaisantes ou non. Et lorsqu'elles ne le sont pas, le tribunal devrait ajourner les procédures, et, si nécessaire, rejeter la demande de divorce. Les procédures préalables au procès devraient être conçues de façon à fournir une évaluation indépendante de tout accord conclu par les époux en instance de divorce. Ce devoir serait un prolongement de l'article 9(1)(*e*) de la *Loi sur le divorce* qui stipule que le tribunal doit refuser de prononcer le jugement en vertu de l'article 4 lorsque le jugement de-

mandé serait préjudiciable à la conclusion d'accords raisonnables pour le soutien *financier* des enfants.

Il est peu probable que l'imposition de ce devoir légal produise de sérieux changements dans le processus du divorce. Cependant, ajouté aux procédures suggérées relativement à la représentation légale indépendante, à la consultation, aux rapports d'enquête et au témoignage d'experts, il devrait assurer une protection plus efficace des intérêts des enfants de parents en instance de divorce.

2. *Les techniques de règlement des conflits*

Les devoirs et critères fixés par la loi qui ont pour but de protéger les enfants ne peuvent fonctionner dans un vacuum procédural. Nous proposons donc que le tribunal ait le pouvoir discrétionnaire d'invoquer une ou plusieurs des procédures suivantes:

(i) l'ajournement des procédures afin de fournir l'occasion à la famille d'utiliser des services de consultation;

(ii) l'ordonnance d'une enquête indépendante, suivie d'un rapport; et

(iii) la sollicitation de conseils et d'opinions d'experts sur les dispositions les plus avantageuses aux enfants.

Nous recommandons aussi que le tribunal saisi de la demande de divorce ait le pouvoir discrétionnaire de mettre en cause toute personne ayant un intérêt quant à la garde, l'entretien et l'éducation des enfants. Ultérieurement dans ce document, nous proposerons que les enfants aient droit d'être représentés par avocat dans certains cas.

On devrait intégrer ces procédures dans la législation fédérale sur le divorce. Cependant, chaque province devrait demeurer libre d'instaurer les services qu'elle juge les plus appropriés. Nous recommandons au gouvernement fédéral

d'aider les provinces à défrayer le coût de la mise en œuvre de nouvelles procédures.

(i) *Consultation*

Le processus judiciaire et légal devrait encourager les parents à résoudre par négociation, plutôt que par débats devant le tribunal, les conflits relatifs aux enfants. Parents et enfants peuvent souvent gagner à discuter de leurs problèmes avec un conseiller familial. Nous recommandons donc que le tribunal ait la complète discrétion d'ajourner ou de remettre à plus tard les procédures, s'il juge qu'une consultation aiderait les parents ou les enfants, ou faciliterait la conclusion d'accords par conciliation. Cette discrétion ne doit pas dépendre des désirs ou du consentement des parents, mais devrait être exercée en tenant compte du bien-être et des meilleurs intérêts des enfants. Nous ne proposons pas que la consultation soit obligatoire ou que des sanctions soient imposées lorsqu'il y a refus de s'y soumettre. Nous sommes d'avis que la coercition serait inutile, voire nocive. L'exercice de la discrétion judiciaire d'ajourner ou de remettre à plus tard les procédures, pourrait par contre susciter la motivation de recourir aux services de consultation à la cour ou dans la collectivité. Il est plus probable que les services de conciliation et de consultation aient de bons résultats dès le début des procédures plutôt qu'à la fin; c'est pourquoi, il est primordial d'établir des procédures préalables au procès afin d'assurer le plus tôt possible l'accès à ces services.

(ii) *Enquêtes*

Des procédures investigatrices peuvent fournir au juge ou à l'officier du tribunal des renseignements relatifs à la famille qui faciliteront une décision judicieuse quant aux questions soulevées lors d'un divorce. Les procédures contradictoires actuelles mettent l'accent sur la preuve partisane présentée par les époux ou les parents. Toutefois, elles ne fournissent pas un fondement fiable ou suffisant pour rendre jugement. Nous recommandons que le tribunal soit autorisé à faire appel à des services sociaux qui présenteront des rap-

ports impartiaux d'enquête et de diagnostic. Ces rapports, de pair avec les preuves soumises par les parties, devraient fournir une assise valable pour les décisions judiciaires relatives à la garde, l'entretien et l'éducation des enfants.

Certains soutiennent qu'il devrait y avoir une enquête indépendante pour toute cause de divorce impliquant des enfants, mais nous croyons que cela taxerait indûment les ressources disponibles et n'aurait aucun effet dans la majorité des cas. Il serait donc plus logique d'exiger des enquêtes quand il y a conflit quant à la garde des enfants. Nous sommes d'avis qu'il peut y avoir des cas exceptionnels où une enquête serait appropriée, même si les parents sont d'un commun accord quant à la garde, l'entretien et l'éducation des enfants. Nous proposons, pour régler ces cas exceptionnels et promouvoir l'utilisation efficace des services sociaux, l'institution d'une procédure pour que des rapports relatifs à la garde des enfants soient disponibles à la cour:

(a) lorsqu'il y a des conflits quant à la garde des enfants;

(b) lorsqu'un époux, un parent ou toute autre personne intéressée en fait la demande; ou

(c) dans toute autre circonstance lorsque le juge ou l'officier de la cour le croit utile.

Nous recommandons de plus qu'un officier de la cour ait la responsabilité de vérifier si les accords conclus par les parents en instance de divorce sont dans les meilleurs intérêts des enfants. Cet officier de la cour devrait pouvoir faire appel aux travailleurs sociaux et aux spécialistes en psychologie du comportement pour qu'ils procèdent à une enquête, à une évaluation de la situation familiale, et qu'ils formulent des recommandations pour que les dispositions les plus appropriées soient prises à l'égard des enfants.

De plus, nous proposons que, lorsqu'une enquête suivie d'un rapport a été autorisée, ce rapport soit par écrit et disponible aux parties impliquées et à toute autre personne désignée par le tribunal. Une partie à l'instance devrait être

autorisée à contre-interroger la ou les personnes qui ont mené l'enquête ou rédigé le rapport. Les personnes qui sont la source première des renseignements contenus dans le rapport d'enquête devraient, dans certains cas et sous réserve de la discrétion du juge, aussi être disponibles pour contre-interrogatoire.

(iii) *Témoignages d'experts*

En Ontario, il y a une pratique courante voulant que le tribunal puisse demander un rapport émanant d'un psychiatre ou d'un psychologue quant aux meilleures dispositions à prendre pour les enfants de parents en instance de divorce. Cette procédure est utilisée lorsque la garde des enfants est contestée dans les procédures de divorce. Le tribunal requiert habituellement le consentement des parents pour une évaluation psychologique ou psychiatrique. Le juge peut appeler à témoigner le psychiatre ou psychologue qui prépare le rapport et ce dernier est sujet à contre-interrogatoire par l'une ou l'autre des parties. Cette procédure favorise souvent le règlement des conflits relatifs à la garde et, lorsque ce n'est pas le cas, elle représente pour le tribunal un témoignage d'expert de haute valeur.

Au Québec, un service psycho-social a récemment été adjoint à la Chambre d'expertise de la famille de la Cour supérieure. Ce service est déjà en vigueur à Montréal et sera introduit dans d'autres régions de la province aussitôt qu'il aura été perfectionné dans la région métropolitaine. Le service psycho-social se compose de spécialistes du mariage, de la consultation familiale et du bien-être des enfants. A la demande du tribunal et sur consentement des parties, l'équipe multidisciplinaire rencontre les enfants ainsi que toutes les parties intéressées et procède à une évaluation suivie de recommandations relatives à la garde des enfants lors d'un divorce ou d'une séparation de corps.

Nous recommandons que l'emploi de l'expertise psychosociale soit disponible à tous les tribunaux de divorce. Cependant, à notre avis, le pouvoir du tribunal de faire appel

aux experts des sciences sociales ou de la psychologie du comportement ne devrait pas être soumis à l'exigence du consentement des parties. Cette procédure ne devrait pas non plus être utilisée dans les seuls cas où la garde est contestée. Tout rapport d'expert devrait être sujet à l'interrogatoire du tribunal et au contre-interrogatoire de toute partie en cause, y compris celui de l'avocat représentant les enfants.

(iv) *Procédures préalables au procès et litiges postérieurs à l'obtention du divorce*

Des mesures destinées à protéger les intérêts des enfants doivent être disponibles avant le procès à la demande de n'importe quelle personne intéressée, y compris les parties, ou à la requête d'un officier de la cour. On doit instituer des procédures préalables au procès afin d'identifier, le plus rapidement possible, les mesures les plus aptes à engendrer le règlement constructif des questions se rapportant aux enfants. Tel que nous l'avons mentionné dans notre document de travail intitulé *Le tribunal de la famille*, la garde des enfants doit être considérée d'une importance primordiale; des dispositions prévues par la loi ou des règles de procédure doivent être adoptées afin que cette question se règle dans les plus brefs délais. Le bien-être émotif et psychologique des enfants de parents en instance de divorce exige que des dispositions adéquates soient prises le plus tôt possible pour assurer leur garde, leur entretien et leur éducation.

Il est possible que les problèmes relatifs à la garde, à l'entretien et à l'éducation des enfants ne soient pas résolus lors du jugement de divorce. Nous recommandons donc que les procédures que nous venons de décrire soient disponibles lorsqu'il y a conflit après l'obtention du divorce.

3. *Critères pertinents fixés par la loi*

L'article 11(1) de la *Loi sur le divorce* définit le pouvoir de décision du tribunal pour le soutien, la garde, l'entretien et l'éducation des enfants. Il y est stipulé que le tribunal doit

tenir compte de «la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent». Ces critères semblent plus pertinents au soutien qu'aux dispositions quant à la garde des enfants. Ainsi, les tribunaux ne se sont pas sentis liés par la formulation expresse de cet article, mais ils ont mis avant tout l'accent sur le bien-être ou les meilleurs intérêts des enfants dans leurs jugements relatifs à la garde.

Sous certaines réserves, nous suggérons que ce principe fondamental établi par la jurisprudence soit incorporé à la *Loi sur le divorce*. Les précédents font du bien-être des enfants «la première et la plus importante des considérations», mais nous croyons qu'elle devrait être la «seule et unique considération». On devrait indiquer clairement la non pertinence des autres facteurs. De plus, nous croyons qu'il est possible que le terme «bien-être» soit trop restrictif. Nous recommandons donc l'adoption de dispositions légales selon lesquelles les décisions en matière de garde, d'entretien et d'éducation des enfants devraient être prises, compte tenu «uniquement des meilleurs intérêts des enfants fondés sur leur bien-être émotif et leur bien-être en général».

La Commission croit aussi que la législation devrait traduire la politique sociale qu'elle veut promouvoir et fournir des lignes de conduite explicites aux tribunaux, aux avocats et à toute autre personne intéressée au règlement ou à la résolution des conflits concernant la garde des enfants. Nous recommandons l'adoption d'une formulation du genre de celle-ci:

> Le tribunal prendra en considération dans la détermination des meilleurs intérêts d'un enfant fondés sur son bien-être émotif et son bien-être en général, ses besoins sociaux, financiers et psychologiques; il tiendra compte également des facteurs suivants:
>
> (i) les relations de l'enfant avec les personnes à qui la garde, l'entretien et l'éducation peuvent être confiés ainsi qu'avec toute autre personne, tels les frères et sœurs, intimement liée à la question de la garde, de l'entretien et de l'éducation de l'enfant;

(ii) la personnalité et le caractère de l'enfant ainsi que ses besoins émotifs et physiques;

(iii) la capacité des personnes à être des parents à qui la garde, l'entretien et l'éducation de l'enfant pourraient être confiés, ainsi que le climat familial qu'ils fourniraient à l'enfant et les plans qu'ils ont fait pour son avenir;

(iv) la préférence de l'enfant lorsque le tribunal la juge appropriée compte tenu de l'âge et de la maturité de l'enfant.

L'application consciencieuse de ces critères mettrait l'accent sur les relations affectives et éliminerait beaucoup des critères superficiels qui ont cours relativement à l'octroi de la garde des enfants. Les tribunaux n'auraient plus à se préoccuper de la conduite entre époux lorsque l'un d'eux est suggéré comme gardien et que cette conduite ne nuit pas aux relations avec l'enfant. Il y aurait égalité du père et de la mère devant le tribunal et aucune discrimination sexuelle n'aurait lieu pour la détermination du parent le plus apte à assumer la responsabilité des enfants. La pratique actuelle voulant qu'un parent soit préféré à l'autre pour des raisons d'âge ou de sexe de l'enfant ne serait plus permise. De plus, la préférence arbitraire d'un parent envers un non-parent serait éliminée. Ainsi, afin de dissiper tout doute, le tribunal devrait avoir le pouvoir d'accorder la garde d'un enfant à un non-parent lorsqu'il croit que les intérêts de l'enfant *exige* une telle décision.

Les questions touchant à la garde, l'entretien et l'éducation des enfants peuvent aussi surgir après le divorce. L'article 11(2) de la *Loi sur le divorce* stipule qu'une ordonnance de jugement provisoire peut être modifiée ou révoquée par le tribunal qui l'a rendue «s'il l'estime juste et approprié compte tenu de la conduite des parties depuis que l'ordonnance a été rendue ou de tout changement de l'état ou des facultés de l'une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent». Comme on peut de nouveau le constater, le bien-être des enfants n'est pas expressément mentionné, mais il tend à être la première considération d'une

décision judiciaire. Il a été décidé qu'une ordonnance pour la garde ne doit pas être changée à la légère et qu'il doit y avoir de véritables changements de circonstances pour justifier une modification ou une annulation de l'ordonnance. Nous endossons cette position. Des dispositions nécessaires pour la modification et l'annulation doivent être prises lorsque les circonstances l'exigent. La modification ou l'annulation ne devrait être ordonnée, toutefois, que si «il est dans les meilleurs intérêts des enfants fondés sur leur bien-être émotif et leur bien-être en général». Nous recommandons que la loi endosse expressément ce critère. Les enfants ont besoin d'un environnement stable; les parents ne doivent pas être libres, lorsque le juge rend une ordonnance relative à la garde, de rouvrir le débat advenant un changement minime dans les circonstances, qu'il soit réel ou fictif.

Des problèmes se sont posés touchant à l'exécution et à la modification des ordonnances de garde des enfants dans une province autre que celle où l'ordonnance originale a été rendue. Par exemple, si l'ordonnance de garde a été rendue lors de l'obtention du divorce en Saskatchewan, d'autres procédures peuvent être instituées en Ontario par l'un des parents et cela en vertu de lois provinciales. Le problème qui en découle est de savoir si le tribunal de l'Ontario doit accepter d'emblée l'ordonnance de garde rendue en Saskatchewan ou s'il doit la modifier ou ne pas en tenir compte. Nous croyons qu'on devrait adopter certaines mesures pour donner aux tribunaux d'une province la liberté de changer l'ordonnance de garde rendue par un tribunal de divorce d'une autre province. Cependant, ceci ne devrait être fait que pour assurer les meilleurs intérêts des enfants fondés sur leur bien-être émotif et leur bien-être en général. Qui plus est, un tribunal devrait être des plus réticents à entendre une telle requête à moins qu'il ne constitue le meilleur forum pour régler cette question. La loi et les tribunaux doivent tout faire pour protéger les intérêts du parent ayant droit de garde. Ils ne doivent pas permettre qu'un parent enlève l'enfant et déménage dans une autre province dans le seul but de passer outre au droit de garde accordé à l'autre parent.

4. *Le droit d'être entendu*

Le droit d'être entendu des enfants de parents en instance de divorce au sujet de leur garde, leur entretien et leur éducation se présente sous deux aspects. Le premier implique leur droit à la représentation par un avocat. Le deuxième touche au droit d'expression de leurs opinions avant qu'une décision affectant leur avenir ne soit prise.

(i) *Le droit d'être représenté par un avocat*

La loi pourrait exiger qu'un avocat distinct de celui des parents représente les enfants lors de toute procédure de divorce, mais nous croyons que généraliser une telle pratique universelle serait injustifié et constituerait un abus des ressources, car beaucoup de parents en instance de divorce concluent des accords raisonnables pour leurs enfants.

Nous proposons que les enfants aient droit à une représentation distincte par avocat:

(i) lorsque la garde est contestée par les parents au cours de l'instance de divorce; et

(ii) dans les procédures non-contestées, si le juge ou l'officier de la cour la considère nécessaire.

L'avocat des enfants devrait posséder les mêmes droits et privilèges que l'avocat des parents. Par exemple, il devrait pouvoir interroger et contre-interroger les témoins sur des sujets touchant au soutien, à la garde, à l'entretien et à l'éducation des enfants. De plus, il devrait avoir accès aux ressources sociales, psychologiques et psychiatriques disponibles.

Il nous apparaît évident, lorsque les parents se disputent le droit de garde, que les enfants ont besoin d'être représentés par un avocat distinct. On ne doit pas s'attendre à ce que l'avocat d'un époux ou d'une épouse attache moins d'importance aux intérêts de son client pour en attacher davantage aux intérêts, souvent divergents, des enfants. Par conséquent,

les enfants devraient avoir le droit d'être représentés par un avocat distinct.

Traditionnellement, lorsque les parents avaient conclu des accords à l'égard des enfants, les tribunaux les ont entérinés en ne les examinant que très sommairement. Nous recommandons que des procédures préalables au procès soient instituées et qu'un officier de la cour soit nommé pour vérifier si les accords vont dans le sens des meilleurs intérêts des enfants. Cet officier devrait avoir la responsabilité de procurer aux enfants l'aide d'un avocat lorsque les arrangements vont à l'encontre de leurs intérêts, et que la question ne peut être résolue d'une autre façon.

Depuis quelques années, on a vu les pratiques et les procédures évoluer dans plusieurs provinces; elles fournissent aux enfants de parents en instance de divorce l'aide d'un avocat, spécialement lorsque le droit de garde est contesté. Nous sommes d'avis que ces procédures pourraient coexister avec une législation fédérale qui encouragerait la représentation des intérêts des enfants par la nomination d'un avocat distinct. Nous recommandons à cette fin que soit laissée à la discrétion de chaque province, la décision de savoir qui devrait représenter les enfants. La personne nommée pour représenter les enfants pourrait être un avocat, un officier de la cour, ou bien un fonctionnaire provincial tel le curateur public, ou une personne chargée du bien-être de l'enfance. Si les dispositions nécessaires pour assurer la représentation sont laissées à chaque province nous recommandons qu'une aide financière fédérale soit disponible pour en défrayer les coûts.

(ii) *Les opinions des enfants*

Certains juges attachent de l'importance aux opinions et préférences exprimées par les enfants lorsqu'un litige relatif à la garde est soumis au tribunal tandis que d'autres ne s'en préoccupent pas. Nous croyons que les opinions des enfants devraient être prises en considération. Nous recommandons que la cour soit requise par la loi, lorsque la garde est con-

testée lors de procédures de divorce, de vérifier les opinions des enfants. Cependant, nous ne préconisons pas que les enfants soient appelés à témoigner et à être interrogés directement sur leurs préférences. Nous ne recommandons pas non plus que le juge parle aux enfants de façon non formelle dans son cabinet. La mise en œuvre de nos recommandations quant aux procédures préalables au procès et à la désignation d'un avocat pour représenter les enfants devrait impliquer des moyens et des techniques efficaces pour évaluer les opinions ainsi que les préférences des enfants, et s'assurer que celles-ci soient dans leurs meilleurs intérêts; un rapport serait ensuite remis au juge. Lorsque la garde des enfants a été résolue d'un commun accord par les parents en instance de divorce, nous recommandons que l'officier de la cour, responsable de l'examen minutieux de cet accord, ait le pouvoir, dans certains cas, de s'enquérir des opinions des enfants.

Aménagements financiers lors du divorce

Les implications financières du divorce et de la rupture du mariage

Le divorce et la rupture du mariage sont pour les époux, synonymes de crise financière. Habituellement, ils doivent apporter d'importantes modifications à leur ancien mode de vie, car il y a rarement surplus d'argent. Ce n'est pas facile, surtout si les époux sont encore sous le choc émotif provoqué par l'échec de leur mariage.

En théorie, l'article 11 de la *Loi sur le divorce* confere des obligations et des droits égaux à la femme et au mari en instance de divorce. L'époux ou l'épouse peut légalement être obligé de soutenir l'autre aussi bien que tout enfant à charge. Les réalités socio-économiques militent cependant contre cette égalité. A toutes fins pratiques, l'obligation de soutenir l'ex-époux incombe presque toujours à l'ex-mari. De surcroît, s'il fait comme la plupart des autres divorcés, il se remariera quelques années après le divorce ou il entrera en concubinage. De plus, même pour les plus favorisés il est extrêmement difficile, du point de vue monétaire, de faire vivre deux familles.

Il ne suffit pas pour le législateur de prescrire une réciprocité des obligations et des droits de soutien entre ex-époux. Une telle loi perd beaucoup de sa portée et de sa crédibilité si aucune mesure n'est prise pour favoriser une égalité d'accès aux ressources financières aux hommes et aux femmes. Il nous faut éliminer la discrimination des femmes dans le monde du travail où elles reçoivent un salaire moindre et moins de

promotions que leurs collègues de sexe masculin. Des programmes de recyclage doivent être mis sur pied pour les ex-épouses qui ont été retirées du marché du travail à cause de leurs responsabilités familiales. Des garderies doivent être disposibles aux personnes divorcées qui ont des enfants à leur charge.

Il se peut qu'un jour on considère le refus de soutien par un époux ou un parent, comme l'une des dures épreuves de la vie auxquelles une assurance sociale pourrait remédier, mais ce jour n'est pas pour demain. Par conséquent, nous ne voyons aucune justification pour l'abrogation du droit au soutien entre époux lors d'un divorce. Certaines modifications des critères utilisés actuellement dans l'octroi du soutien entre époux sembleraient opportunes.

Le statut de la femme mariée a beaucoup évolué au cours des deux dernières décennies. Les femmes composent environ le tiers de la force ouvrière du Canada, et plus de la moitié de ces femmes sont mariées. Ce groupe représente le tiers de toutes les femmes mariées au Canada. L'émancipation sociale, économique et psychologique de la femme mariée est reflétée par les attitudes changeantes et les décisions nouvelles des tribunaux. On a progressivement délaissé la philosophie voulant qu'on accorde automatiquement une ordonnance de soutien à l'épouse «innocente» lors du divorce. On ne considère plus le certificat de mariage comme une license permettant à l'ex-épouse de récolter un soutien permanent de son ancien mari. De nos jours, les divorcées après seulement une courte période de mariage ne reçoivent habituellement qu'un forfait minime ou encore, rien du tout. Même les femmes plus âgées qui n'ont pas d'enfants à charge ne reçoivent très souvent qu'un modeste soutien périodique; on s'attend à ce qu'elles réintègrent le monde du travail. Maintenant, on peut considérer plusieurs ordonnances de soutien comme mesures servant à la réadaptation. Habituellement, on réserve les ordonnances de soutien à vie à la femme âgée qui a été mariée longtemps, qui ne se remariera probablement pas et qui n'est plus en mesure d'exercer une concurrence sur le marché du travail. Encore là, le soutien n'est pas énorme.

Critères actuels et futurs

Bien que les tribunaux aient réagi à l'évolution du statut de la femme mariée, les problèmes du système actuel demeurent. Le tribunal jouit d'une très grande discrétion dans l'octroi des ordonnances de soutien entre époux; il n'y a que très peu de critères fixés par la loi pour aider le tribunal à exercer cette discrétion. Bref, le tribunal doit tenir compte de la conduite des parties, ainsi que de leurs moyens et besoins respectifs.

L'absence de lignes de conduite plus spécifiques pour contenir la discrétion judiciaire mène naturellement à une grande divergence de pratiques et d'attitudes. Certains juges accordent des allocations élevées tandis que d'autres s'avèrent beaucoup plus parcimonieux. D'autres encore s'attachent au degré de culpabilité qu'ils attribuent à chacun des époux dans la rupture du mariage. Le mari coupable d'adultère répété est souvent pénalisé par une allocation de soutien plus onéreuse. De même la femme «coupable» peut s'attendre à recevoir moins, et dans certains cas, rien du tout.

De l'avis de la Commission, les tribunaux siégeant en matière de divorce ne disposent pas des moyens nécessaires pour statuer sur les questions d'innocence ou de culpabilité; ils ne peuvent non plus évaluer jusqu'à quel point chacun des époux peut avoir contribué à la rupture du mariage. La responsabilité de la rupture du mariage et l'inconduite conjugale devraient être expressément exclues de toute détermination judiciaire du droit de soutien entre époux. Seuls les besoins et ressources des parties devraient être considérés.

Nous recommandons que des lignes de conduite précises soient incorporées à la loi afin d'aider le tribunal à disposer des requêtes de soutien. Les critères pertinents ont été discutés en profondeur dans notre document de travail intitulé *Les divorcés et leur soutien*; ils regroupent les principes suivants:

1. Le mariage en soi ne confère pas un droit ou une obligation de soutien après le divorce; une personne divorcée doit subvenir elle-même à ses besoins.

2. Le droit au soutien peut naître de besoins raisonnables tels que:

(a) la répartition des rôles au cours du mariage;

(b) l'accord exprès ou tacite suivant lequel l'un des époux assurera le soutien de l'autre;

(c) les accords intervenus quant à la garde des enfants du mariage au moment du divorce;

(d) l'incapacité physique ou mentale de l'un des époux affectant sa capacité de subvenir à ses propres besoins; ou

(e) l'incapacité pour l'un des époux d'obtenir un emploi rémunéré.

3. L'obligation de soutien au moment du divorce a pour but de fournir à l'époux bénéficiaire une aide financière lui permettant de couvrir ses besoins raisonnables reconnus par la loi comme donnant ouverture à un droit au soutien pendant la période de transition qui va de la dissolution du mariage au moment où l'époux bénéficiaire doit normalement avoir réussi à pourvoir à ses propres besoins; par nature, l'obligation de soutien à la suite du divorce a premièrement pour but la réadaptation.

4. Un droit au soutien doit se prolonger aussi longtemps que les besoins raisonnables se feront sentir, sans toutefois leur survivre; le soutien sera temporaire ou permanent.

5. L'époux bénéficiaire du soutien a l'obligation de pourvoir à ses propres besoins dans un délai raisonnable à la suite du divorce sauf si, compte tenu de l'âge des conjoints, de la durée du mariage, de la nature des besoins de l'époux soutenu et de l'origine de ces besoins, il ne serait pas raisonnable d'exiger que le conjoint soutenu assume la responsabilité de son propre soutien, et qu'il serait raisonnable d'exiger de l'autre époux qu'il continue à assumer cette responsabilité.

6. Le droit au soutien ne peut être remis en cause, annulé ou restreint en raison de la conduite pendant le mariage ou d'une conduite postérieure au mariage sauf si

(a) cette conduite entraîne une diminution des besoins raisonnables; ou

(b) cette conduite prolonge artificiellement ou de manière déraisonnable les besoins qui fondent l'obligation de

soutien ou prolonge artificiellement ou de manière déraisonnable la période au cours de laquelle la personne soutenue doit se préparer à assumer la responsabilité de son propre soutien.

7. Les sommes allouées à titre de soutien devront être déterminées en fonction:

(a) des besoins raisonnables de l'époux ayant droit au soutien;

(b) des besoins raisonnables de l'époux tenu d'assurer le soutien;

(c) des biens de chaque époux après le divorce;

(d) de la capacité de paiement de l'époux tenu d'assurer le soutien;

(e) de la possibilité pour l'époux ayant droit au soutien de subvenir à ses propres besoins; et

(f) des obligations de chacun des époux envers les enfants du mariage.

La mise en œuvre de ces principes répondrait à beaucoup de critiques dirigées à l'encontre de notre système actuel. Ils élimineraient le «parasitisme des pensions alimentaires», tout en fournissant la protection financière nécessaire aux époux se retrouvant chacun de leur côté sur le marché du travail. De plus, ces principes affirmeraient une philosophie d'égalité de droits, de chances et d'obligations pour les deux sexes, ce qui constituerait une base solide pour les mariages à venir. Ces principes permettraient aussi à la cour de protéger le conjoint à charge qui a consacré sa vie à élever les enfants ou à prendre soin du foyer et dont on ne peut s'attendre à ce qu'il ou elle s'adapte à la nouvelle philosophie. Bref, les nouveaux critères offrent assez de souplesse au tribunal pour qu'il puisse, face à n'importe quel type de mariage, rendre une ordonnance de soutien en tenant compte des attentes raisonnables des parties et de leurs propres réalités financières.

Modification et fin des obligations de soutien

Étant donné que les circonstances peuvent varier même après l'octroi d'une ordonnance de soutien lors d'un divorce,

les tribunaux devraient pouvoir, de façon discrétionnaire, varier ou annuler l'ordonnance originale. Cependant, nous sommes d'avis qu'il devrait y avoir un certain degré de certitude ou un caractère définitif rattaché à l'ordonnance de soutien. Les deux époux sont en droit de savoir ce que seront éventuellement leurs obligations et leurs droits pour qu'ils puissent respectivement organiser leur propre vie. Lorsque des arrangements convenables ont été faits pour le soutien de l'ex-époux au moment du divorce, il devrait y avoir preuve de changements importants de circonstances avant qu'une allocation supplémentaire ne soit accordée. Nous recommandons donc l'adoption d'une disposition légale pour que l'ordonnance de soutien périodique soit modifiée seulement s'il y a preuve que «les circonstances ont tellement changé que l'exécution de l'ordonnance première devient déraisonnable». Nous ne voulons pas que cette disposition empêche le tribunal d'exercer une discrétion générale lui permettant de dispenser du paiement des arrérages de soutien qui se sont accumulés depuis l'ordonnance du tribunal. En effet, nous suggérons que le tribunal ait expressément l'autorité d'ordonner que les arrérages soient annulés au moment où il le juge approprié. Qui plus est, nous recommandons qu'aucun pouvoir de changer ou d'annuler l'ordonnance de soutien ne soit accordé au tribunal quand il s'agit du paiement d'une somme globale. L'octroi d'une somme globale et toute ordonnance de disposition de titres de propriété devraient être définitives et ne devraient pas être sujettes à modification, sauf dans des circonstances où il y a eu abus du processus judiciaire, ou que l'ordonnance ait été rendue sans connaissance de faits qui auraient modifié de façon tangible la décision du tribunal.

Des dispositions légales devraient être adoptées pour que le soutien périodique d'un ex-époux s'éteigne avec la mort de l'une des parties, ou advenant le remariage de la partie bénéficiaire du soutien à moins que le tribunal n'en ait décidé autrement, ou encore qu'un accord volontaire et négocié ait été conclu par les parties, lequel prévoirait expressément le paiement d'une allocation après le décès ou le remariage.

Le soutien des enfants

Nous croyons que la loi doit aussi imposer des obligations aux deux parents afin de contribuer au soutien de leurs enfants. Le tribunal devrait pouvoir exiger de l'un ou des deux parents qu'ils assurent, selon leurs moyens respectifs, le soutien de leurs enfants. Nous recommandons donc qu'aucun changement des dispositions prévues par la *Loi sur le divorce* à cet égard ne soit apporté en autant qu'elles imposent une obligation aux deux parents d'assurer le bien-être financier de leurs enfants. Cependant, nous croyons qu'il serait préférable que la loi définisse les facteurs que le tribunal devrait prendre en considération lorsqu'il rend une décision relative au soutien des enfants. Nous recommandons qu'il soit imparti au tribunal de considérer les facteurs suivants:

(i) les besoins éducatifs et financiers de l'enfant;

(ii) l'état émotif et physique de l'enfant;

(iii) l'éducation et le niveau de vie dont l'enfant aurait joui si le mariage n'avait pas été dissous;

(iv) les revenus, la capacité à gagner, les biens et autres ressources financières de l'enfant; et

(v) les ressources et besoins financiers de chacun des parents.

Compte tenu de ces facteurs, le tribunal devrait alors exercer ses pouvoirs pour remettre l'enfant, si possible, dans la même situation dont il aurait joui, s'il n'y avait pas eu divorce.

L'obligation de soutien d'un enfant, en l'absence d'une entente explicite entre les parents ou d'une ordonnance expresse du tribunal, devrait s'éteindre avec l'émancipation de l'enfant. Cependant, le décès d'un parent ne doit pas mettre fin à son obligation de soutien de l'enfant. Le tribunal devrait pouvoir, par une ordonnance appropriée, grever la succession du parent défunt au profit de l'enfant. Afin d'éviter les problèmes qui peuvent surgir de l'administration et du règlement des successions, il devrait y avoir un mécanisme permettant la présentation d'une requête par ou de la part de l'en-

fant, ou encore des représentants personnels du défunt pour vérifier les obligations de la succession. Le tribunal devrait pouvoir modifier l'ordonnance première et, lorsqu'il le juge approprié, changer le soutien périodique pour le versement d'une somme globale.

La disposition des biens

Le soutien entre époux et le soutien des enfants sont intimement liés à la répartition équitable des biens au moment du divorce. Nos lois régissant le partage des biens entre époux doivent être réformées, si l'on veut assurer une justice économique entre les époux advenant la dissolution de leur mariage.

Comme nous l'avons mentionné dans notre Document de travail sur *Les biens des époux*, chaque époux est en droit d'obtenir une juste part des biens appartenant à l'un ou à l'autre au moment du divorce ou de la rupture du mariage. Nous avons alors examiné diverses solutions pouvant faire l'objet d'une réforme du droit. Nous allons maintenant avancer certaines conclusions auxquelles nous sommes parvenus.

Il ne faut pas toujours remettre à demain ce qu'il faut faire aujourd'hui. Si le régime de la séparation de biens est retenu, nous recommandons que le tribunal saisi d'un divorce ait la discrétion de diviser et de répartir les biens sans tenir compte du titre ou de celui qui les a payés, et ceci afin de promouvoir une justice économique entre les époux en instance de divorce. Selon nous, il serait désirable que la loi définisse certains critères pour contenir l'exercice de cette discrétion judiciaire. L'article 307 du *Uniform Marriage and Divorce Act* pose des critères auxquels nous souscrivons.

> [TRADUCTION] 307. (*a*) Lors de procédures pour la dissolution d'un mariage, ... le tribunal, sans tenir compte de l'inconduite conjugale, devra ... répartir de façon équitable les biens et les actifs des époux appartenant soit à l'un soit à l'autre, peu importe la façon et quand ils ont été acquis et que le titre soit au nom du mari ou de la femme, ou des deux. En faisant la répartition, le tribunal considérera la durée du mariage, tout mariage préalable des parties, toute entente

des parties préalable au mariage, l'âge, la santé, la condition, le travail, le montant et les sources de revenus, la compétence professionnelle, la possibilité d'emploi, les biens immeubles, les responsabilités et besoins de chacune des parties, les arrangements pour la garde, si la répartition remplace ou s'ajoute au soutien, et la possibilité pour chaque époux d'acquérir des actifs et de gagner un revenu. Le tribunal considérera aussi la contribution ou non des parties à l'acquisition, la préservation, la dépréciation, ou la plus-value des biens constituant le patrimoine respectif des époux, et ... la contribution des époux à la cellule familiale ou à l'entretien du foyer.

(*b*) Lors des procédures, le tribunal peut protéger et promouvoir les meilleurs intérêts des enfants en mettant de côté, soit dans un compte particulier ou en fiducie, une partie des biens séparés ou communs des époux pour assurer l'entretien, le soutien, l'éducation et le bien-être en général des enfants mineurs, à charge, ou incapables de se suffire à eux-mêmes.

Cette formule peut être sans attrait pour le Québec qui jouit d'un régime de biens fondé sur des droits codifiés plutôt que sur la discrétion judiciaire. Cela peut aussi être inacceptable pour d'autres provinces qui envisagent l'adoption d'un régime de partage différé ou de communauté de biens. Le problème de concilier les systèmes de droit civil et de droit commun à l'adoption d'une formule fixée par la loi réglant la disposition des biens au moment du divorce a été envisagé par *The National Conference of Commissioners of Uniform State Laws* des États-Unis. Cet organisme a trouvé la solution au problème en suggérant une autre formule pour les États dotés d'un régime de communauté de biens. Ainsi un autre projet d'article 307 du *Uniform Marriage and Divorce Act* se lit comme suit:

[TRADUCTION] 307. Lors de procédures pour la dissolution du mariage, . . . le tribunal devra attribuer les biens séparés selon leur dévolution. Il partagera équitablement les biens communs, sans tenir compte de l'inconduite conjugale, après avoir considéré tous les facteurs pertinents y compris:

(1) la contribution de chaque époux à l'acquisition des biens du mariage, y compris leur contribution à l'entretien du foyer;

(2) la valeur des biens attribués à chaque époux;

(3) la durée du mariage; et

(4) la situation financière de chaque époux lors de l'entrée en vigueur du partage des biens, y compris l'opportunité d'accorder la résidence familiale ou le droit d'y habiter pour une période raisonnable à l'époux ayant la garde des enfants.

Il serait possible d'adopter ou d'adapter ces propositions pour répondre aux besoins canadiens, que l'adoption des mesures législatives se fasse au niveau fédéral ou provincial. Si cela se faisait au niveau fédéral, différents critères pourraient être incorporés à la loi, laissant aux provinces et territoires le droit de choisir les critères désirés. Nous ne voyons cependant aucune objection à ce que les provinces règlent la disposition des biens au moment du divorce. Nous croyons qu'une fragmentation des compétences législatives, selon laquelle le droit relatif aux biens est réglé par les provinces et le droit au soutien par les lois fédérales, ne pose pas de problèmes insurmontables. Ce qui importe, c'est qu'il y ait législation, qu'elle soit fédérale, provinciale, ou les deux, afin de permettre au tribunal de rendre une décision équitable et globale relativement à toutes les questions financières soulevées lors du divorce.

Certains problèmes relatifs à la possession ou à l'occupation de la résidence familiale ainsi qu'à la jouissance des effets mobiliers viennent se greffer aux problèmes du soutien et de la propriété des biens. Les tribunaux peuvent déjà accorder le droit d'occupation de la résidence familiale à l'époux qui n'est pas le détenteur du titre, mais il s'agit là d'un domaine du droit parsemé d'incertitudes et de contradictions.

Nous croyons que le tribunal de divorce devrait avoir une grande discrétion pour rendre des ordonnances relatives à l'occupation de la résidence familiale. Il devrait pouvoir déposséder le détenteur d'un titre ou accorder une injonction pour prévenir la vente unilatérale ou le transfert de la maison ou la résiliation d'un bail. Il devrait pouvoir accorder des droits d'occupation d'une partie des lieux qui ne sont pas utilisés seulement comme résidence, mais aussi comme bureau professionnel ou d'affaires. Il devrait pouvoir ordonner à

l'époux occupant la résidence de faire des paiements périodiques d'occupation à l'autre époux. Le tribunal devrait aussi avoir le pouvoir d'imposer à l'un ou à l'autre époux l'obligation de réparer ou d'entretenir le bien, ou d'en acquitter les dettes. Nous sommes d'avis que la cour devrait exercer sa discrétion et allouer les droits de possession de la résidence familiale à une partie qui n'est pas le détenteur du titre, seulement s'il n'y a aucune possibilité adéquate d'hébergement disponible sur le champ, ou que la dépossession représenterait pour cette personne des problèmes particuliers. Toutefois, nous ne voudrions pas entraver la discrétion du tribunal d'outrepasser temporairement les intérêts du détenteur.

Le tribunal de divorce devrait aussi avoir le pouvoir de rendre des ordonnances relatives à la propriété, à l'utilisation ou à la jouissance des effets ménagers. Ceci devrait comprendre un pouvoir d'injonction pour forcer la restitution des effets ménagers à la résidence familiale ou d'en interdire la vente ou le transfert, un pouvoir de transfert de propriété ainsi qu'un pouvoir de régler les obligations et les droits financiers touchant aux effets ménagers.

Si le tribunal était doté du pouvoir d'ordonner le transfert des immeubles et des biens propres, y compris la résidence familiale et son contenu, il devrait être en droit d'imposer les termes et les conditions du transfert. Par exemple, il devrait avoir pleins pouvoirs d'imputer le paiement de l'amortissement de l'hypothèque, du loyer ou des intérêts et le paiement des assurances, taxes, réparations ou autres frais aux biens propres ou immeubles appartenant ou possédés par l'un ou l'autre des époux. On devrait prévoir, selon nous, des dispositions relatives à la propriété des biens seulement au moment de l'obtention du divorce. Cependant, une ordonnance relative au droit de possession des biens devrait être possible par voie de requête pour mesures provisoires, aussi bien que par jugement de divorce. Aucune ordonnance accordant à un époux la possession définitive de biens immeubles appartenant à l'autre ne sera rendue si des dispositions adéquates assurant le soutien et l'entretien de l'époux à charge peuvent être prises de quelque autre façon.

Refus de divorce

L'article 9(1)(*f*) de la *Loi sur le divorce* impose une obligation au tribunal de rejeter toute requête de divorce fondée sur l'article 4(1)(*e*), si le fait de prononcer le jugement demandé serait trop dur ou injuste pour l'un des conjoints ou serait préjudiciable à la conclusion des accords nécessaires pour l'entretien de l'un des conjoints. Le but premier de l'article 9(1)(*f*) est de protéger la sécurité financière de la partie «innocente» et dépendante ou à charge financièrement.

Il serait nécessaire, si la rupture du mariage est adoptée au Canada comme seul critère de divorce, de retenir une disposition légale semblable à celle de l'article 9(1)(*f*). Nous préférerions cependant que le tribunal puisse surseoir au jugement plutôt que de rejeter la demande. La Commission recommande donc l'adoption d'une disposition légale selon laquelle le tribunal devrait remettre à plus tard ou suspendre le jugement de divorce jusqu'à ce que des dispositions raisonnables soient prises pour le soutien de l'époux à charge. En plus de pouvoir suspendre ou de remettre à plus tard le jugement de divorce, le tribunal devrait pouvoir accorder le divorce et fixer les mesures qu'il croit appropriées quant aux obligations et droits financiers des époux.

Quoique l'on doive tout mettre en œuvre pour assurer le bien-être économique de l'époux à charge pendant l'instance de divorce, nos lois ne devraient pas permettre de discrimination entre le riche et le pauvre, en refusant à ce dernier le droit de divorcer. Nous croyons qu'on ne doit pas refuser le divorce lorsque la situation financière des parties empêche de prendre des dispositions adéquates pour le soutien de l'époux à charge. Refuser le divorce dans de telles circonstances ne favoriserait pas la réconciliation des époux et n'empêcherait pas la formation, ni la continuation d'unions de fait.

Procédures

Nous recommandons l'utilisation de services de conciliation, de consultation et d'enquête pour résoudre de fa-

çon pratique les questions touchant aux obligations et droits financiers des époux au moment du divorce. Ces services doivent être disponibles le plus rapidement possible après l'institution des procédures de divorce si l'on veut éviter des litiges coûteux et prolongés.

Conciliation et consultation

Le divorce est habituellement une expérience traumatisante pour l'un des époux, sinon pour les deux. Elle se manifeste par l'anxiété, la culpabilité, la dépression ou la colère. Aussi, un grand nombre d'époux ne sont pas en mesure de décider de leurs obligations et droits financiers actuels et futurs. Ainsi, un époux se sentant rejeté peut laisser libre cours à sa colère ou à sa vengeance, en exigeant des mesures de soutien excessives. Ou bien un époux dans un état dépressif peut ne pas exiger des droits légitimes de soutien raisonnable afin de voir le divorce réglé une fois pour toutes et, ce, le plus rapidement possible. Un époux peut aussi consentir à payer, pour expier sa faute, une somme trop élevée de soutien, ou encore, accepter une somme trop minime. Ces situations assez fréquentes font souvent surgir la rancune même après que l'accord a été négocié; le conflit renaît entre les époux et revêt souvent la forme de litiges postérieurs au jugement de divorce.

Nous proposons que les époux aient, afin de favoriser des aménagements rationnels et financièrement raisonnables lors du divorce, l'occasion de régler leurs différends par l'intermédiaire des services de consultation à la cour ou au sein de la communauté. Les accords conclus à l'amiable par les époux, dans un contexte non-accusatoire sont ordinairement plus réalistes financièrement et plus acceptables pour chacun d'eux. Nous recommandons que le tribunal ait le pouvoir de remettre à plus tard ou d'ajourner les procédures de divorce pour un temps déterminé afin de fournir aux époux l'occasion d'avoir recours aux services de conciliation et de consultation.

Enquête

Lorsque les époux en instance de divorce en sont arrivés à un accord quant a leur droits et obligations relativement à leurs biens et au soutien, nous proposons que cet accord soit évalué par un officier de la cour par voie d'une procédure préalable au procès. Si l'officier conclut que ledit accord est raisonnable, les parties devraient avoir le droit d'incorporer cet accord dans le jugement de divorce si elles le désirent; et si l'accord s'avère déraisonnable, les époux seraient alors tenus de renégocier les termes de leur accord, avec ou sans l'aide des services de conciliation et de consultation. De plus, si cette dernière solution répugne aux époux, la question devrait être débattue devant le tribunal; un rapport indépendant serait alors soumis au juge afin de l'aider à rendre une décision éclairée.

Lorsque le soutien ou le droit aux biens sont contestés durant les procédures de divorce, le juge ou l'officier de la cour devrait pouvoir remettre à plus tard ou ajourner les procédures afin de permettre aux époux d'avoir recours aux services de conciliation et de consultation. Le tribunal devrait aussi avoir la compétence d'ordonner une enquête indépendante suivie d'un rapport de la situation financière des parties avant que toute décision quant aux biens ou au soutien ne soit rendue. Ce pouvoir ne devrait pas être utilisé de manière discriminatoire et ne devrait constituer qu'un aspect du processus visant à faire ressortir les faits. La requête de divorce devrait contenir les renseignement financiers pertinents et pourrait aussi être étayée par la déclaration sous serment de chaque époux qu'il fournit un certificat écrit confirmant son salaire ou traitement. Il devrait aussi avoir l'autorité d'obliger la Commission de l'assurance-chômage ou tout bureau ou service gouvernemental à divulguer tout renseignement pertinent. Ces renseignements peuvent non seulement aider à évaluer la situation et les besoins financiers des époux, mais aussi à retracer l'époux qui a abandonné ceux qui sont à sa charge.

Tout rapport d'enquête préparé pour le juge ou tout autre officier de la cour devrait être fourni aux époux, ceux-ci

ayant le droit de contre-interroger toute personne responsable du contenu du rapport.

Les services de conciliation, de consultation et d'enquête devraient aussi être disponibles pour les litiges après divorce ayant trait à l'exécution ou à la révision des ordonnances.

Exécution

Un des problèmes les plus sérieux auquel l'époux divorcé fait face est l'incapacité de faire exécuter l'ordonnance de soutien par des procédures simples, rapides et peu coûteuses. Nous répétons la conclusion exprimée dans notre document de travail intitulé *Le tribunal de la famille*, à savoir qu'il est impératif d'établir des procédures et des services qui permettront au tribunal, par l'intermédiaire de ses officiers, de veiller à l'exécution de ses ordonnances. Les officiers de la cour devraient assumer la responsabilité de la réception et du versement des fonds, et devraient pouvoir instituer les procédures appropriées pour s'assurer que tout manquement à l'ordonnance du tribunal soit l'objet d'une justification et, le cas échéant, qu'il y soit remédié. Leurs responsabilités ne devraient pas être limitées seulement à l'exécution des ordonnances de soutien entre époux, mais aussi à l'exécution des ordonnances relatives au soutien, à la garde, à l'entretien et à l'éducation des enfants.

Nous recommandons que le tribunal ait le pouvoir, afin de mieux protéger financièrement les personnes à charge, d'ordonner le transfert automatique des salaires ou gages ou de maintenir la saisie-arrêt pour garantir le paiement de l'argent selon les termes de l'ordonnance rendue par le tribunal. Les exigences de la procédure actuelle qui font que l'on doive procéder à une saisie-arrêt chaque fois qu'il y a défaut de paiement doivent être éliminées. De plus, les fonctionnaires ne doivent pas être exemptés de ce genre de saisie. On ne doit plus négliger les droits des personnes à charge au nom de certaines lois archaïques régissant la situation juridique de la Couronne et de ses fonctionnaires.

Conclusion

Lorsqu'il y a rupture d'un mariage, tous les membres de la famille éprouvent de grands problèmes émotifs et font face à un avenir incertain. Il est peu probable que la rupture du mariage et que le divorce se fassent jamais sans heurts, mais il n'y a aucune raison pour que les lois et les procédures exacerbent ces problèmes. Le régime actuel de divorce au Canada repose sur la notion de faute. On peut le constater par les motifs de divorce et les procédures contradictoires utilisées pour régler les conflits des époux en instance de divorce. Si les problèmes de la rupture du mariage doivent être résolus de façon constructive, la réponse ne réside pas dans l'imposition de lois restrictives sur le divorce, mais plutôt dans une meilleure utilisation des services de conciliation et de consultation pour encourager la compatibilité des époux, et dans les mesures de bien-être social pour diminuer le traumatisme financier constituant une menace à la stabilité du mariage. Cependant, il faut repenser le régime et le processus de divorce afin de promouvoir une plus grande justice et de diminuer l'angoisse engendrée par la dissolution du mariage. Le tribunal saisi d'une requête en divorce ne doit plus servir de champ de bataille éventuel pour les époux et nous devons nous départir d'un régime fondé sur la notion de faute et qui provoque un échange d'accusations et de contre-accusations récriminatoires. D'abord et avant tout,

nous devons prendre les mesures nécessaires pour assurer le bien-être des enfants de parents en instance de divorce ainsi qu'un réaménagement financier juste et équitable entre les époux. Par conséquent, il faut réviser les principes juridiques touchant aux droits des parents et des enfants ainsi qu'aux droits et obligations économiques des époux. Plus important encore, des procédures innovatrices doivent être imaginées afin de favoriser le règlement constructif des questions soulevées lors d'un divorce. La mise en œuvre des recommandations contenues dans ce document de travail devrait, idéalement, être entreprise dans le cadre d'un tribunal de la famille à juridiction intégrale.

Dissentiment d'opinion de Claire Barrette-Joncas, c.r., commissaire à temps partiel

Je suis d'accord avec mes collègues quant au sort des enfants et aux ajustements économiques lors du divorce mais je ne puis les suivre sur le terrain des conditions d'obtention du divorce et de leurs recommandations.

On ne peut mettre fin au mariage de la même façon que l'on termine un autre contrat. Le mariage est la base même de la société. Et celle-ci a un intérêt tout particulier à ce que cette institution se perpétue et se renforcisse.

Si un conjoint peut obtenir un divorce sur simple requête, simplement parce qu'il ne veut plus être marié, le mariage perd toute sa signification. Les gens n'entreront plus dans le mariage en se disant que c'est pour la vie et que c'est la meilleure façon d'atteindre leur propre épanouissement et celui des enfants à naître. Ce ne sera qu'une étape. Une société qui veut survivre et qui veut des enfants émotivement sains ne peut se permettre que les citoyens aient une pareille idée du mariage.

De plus, et les statistiques semblent le prouver, tout élargissement des lois du divorce équivaut à une augmentation considérable du nombre des divorces. Les états américains avec des lois plus libérales en matière de divorce ont une proportion de personnes divorcées et séparées de beaucoup supérieure aux états ayant des lois plus sévères.

Pour ces motifs, je ne puis souscrire en ce moment à l'élargissement des lois du divorce et, en particulier, à l'obtention unilatérale du divorce sur simple requête.